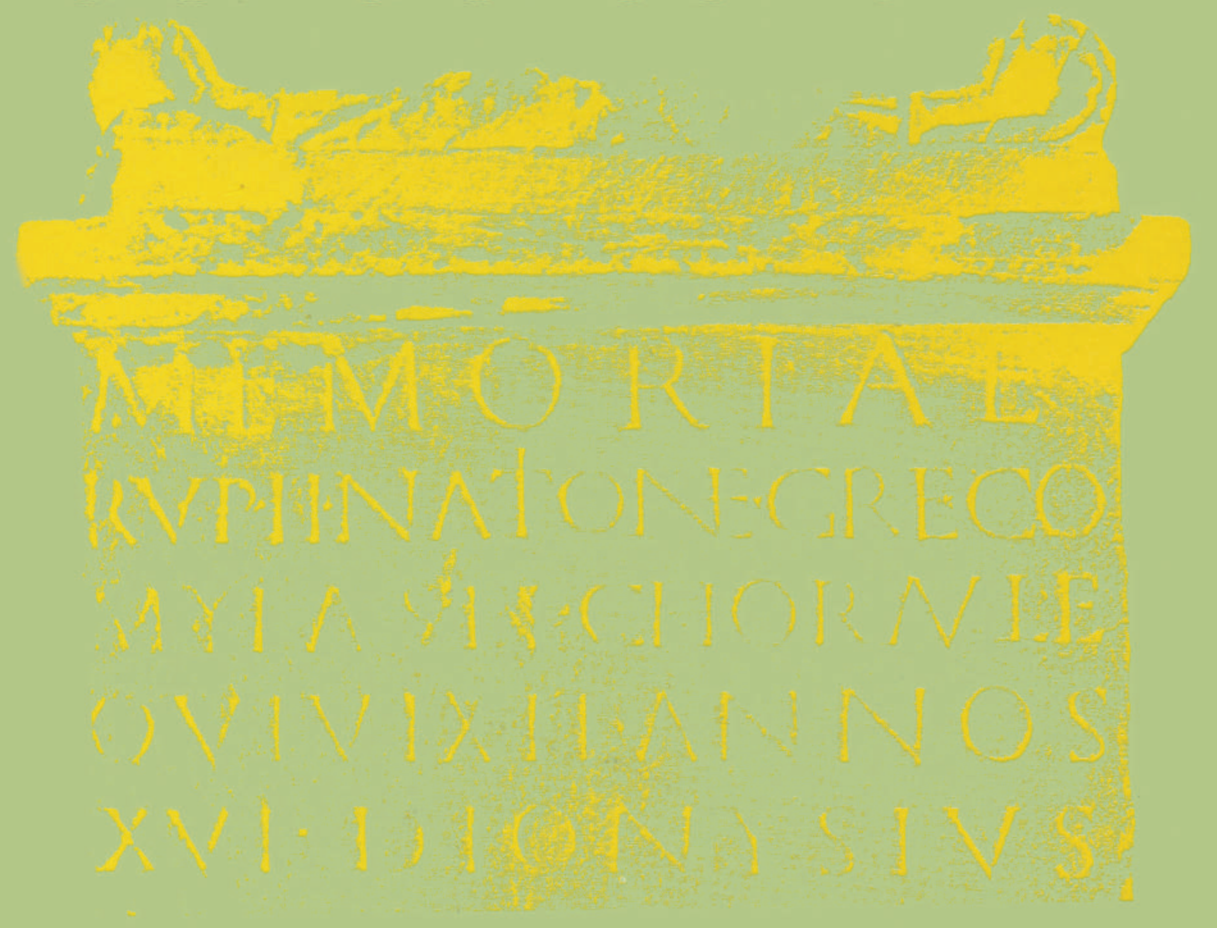
Arthur Kaufmann

Filosofía del derecho



Universidad Externado de Colombia

FILOSOFÍA DEL DERECHO

ARTHUR
KAUFMANN
PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD DE MÜNCHEN

FILOSOFÍA DEL DERECHO

LUIS
VILLAR BORDA (TRADUCCIÓN)

ANA MARÍA
MONTOYA (TRADUCCIÓN)

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 958-616-408-x

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948
[www.librosuexternado.com]

Segunda edición: München, 1997
Traducción de la segunda edición: Bogotá, agosto de 1999; reimpr.: noviembre de 2005

Diseño de carátula: Camilo Umaña Caro
Composición: Desarrollo Editorial Salamanca
Fotomecánica, impresión y encuadernación: Editorial Cordillera S. A. C.,
con un tiraje de 2.000 ejemplares.

Impreso en Perú
Printed in Perú

A mis hijos
Thomas, Gabriele, Mechthild y Judith, y
nietos, Alexandra, Hannes, Katharina y Finn

CONTENIDO

Arthur Kaufmann nace en Singen/Hohentwiel, en 1923. Entre 1945 y 1949 estudia derecho en Heidelberg. En 1949 se doctora bajo la dirección de Gustav Radbruch y de 1952 a 1957 se desempeña como juez en el Landgericht de Karlsruhe. Entre 1957 y 1960 estudia filosofía en Heidelberg y se habilita en derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho en la misma ciudad. A partir de 1960 es catedrático en esas materias en Saarbrücken, y desde 1969 en Munich; es Director del Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica de la Universidad de Munich. En 1970 es nombrado doctor *honoris causa* de la Universidad Keio de Tokio y en 1987 de la Universidad de Atenas. Es miembro de la Academia Bávara de Ciencias y de numerosas Academias y Sociedades extranjeras, así como Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social.

De sus más de trescientos cincuenta trabajos científicos y publicaciones sólo se mencionan los más importantes: *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949 (reimpr. 1984); *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1964; *Analogie und Natur der Sache*, 1965 (2ª ed., 1982); *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 1965 (compilador y autor); *Schuld und Strafe*, 1966 (2ª ed., 1983); *Alternativ-Entwürfe zum Strafgesetzbuch, zum Strafvollzugsgesetz, zur Strafprozessordnung und zur Sterbehilfe*, 10 Vols., 1966 y ss. (coautor); *Rechtstheorie*, 1971 (compilador y autor); *Widerstandsrecht*, 1972 (coordinador); *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, con W. Hassemer; *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972 (2ª ed., 1984); *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1976; *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983; *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984; *Theorie der Gerechtigkeit*; *Problemgeschichtliche Betrachtungen*, 1984; *Gerechtigkeit - der vergessene Weg zum Frieden*, 1986; *Prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit*, 1989; *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgestaltung*, 1990; *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit; Aspeckte des Widerstandsrechts von der antiken Tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit; vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam im modernen Rechtsstaat*, 1991; *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuezeit*, 2ª ed., 1992 (2ª ed. española de Edit. Temis, Bogotá, 1998); *Über Gerechtigkeit*, 1992.

El Profesor Kaufmann es compilador y editor de las Obras Completas de Gustav Radbruch en 20 volúmenes, 1987 y ss.

Algunas de sus obras han sido traducidas al español, al inglés, al chino, al italiano, al griego, al japonés, al coreano, al portugés, al serbio, al húngaro y al polaco.

La presente edición de la *Filosofía del Derecho* del Profesor Kaufmann corresponde a la segunda de esta obra, München, 1997, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, y se publica por primera vez en lengua española gracias a la generosa

autorización del autor para ser traducida con destino a la Universidad Externado de Colombia.

Debemos advertir al lector que el capítulo VI fue ampliado y modificado por el autor para esta edición, de tal manera que difiere en numerosos aspectos de la última edición alemana. El Profesor Kaufmann estimó que era necesario rehacer esta parte tan importante de la obra.

Al expresar el reconocimiento de la Universidad, y en particular de su Rector, doctor Fernando Hinestrosa, por la deferencia del Profesor Kaufmann, queremos hacerlo extensivo a la casa editorial alemana C. H. Beck por su gentileza en la negociación de los correspondientes derechos.

Las dificultades y esfuerzos que implicó la traducción quedan abundantemente compensados con la satisfacción de entregar al público de habla hispana un libro de capital importancia para la reanimación de la filosofía del derecho y los estudios jurídicos, en el que se debaten numerosos temas de interés actual, junto a los tradicionales de la filosofía del derecho y la teoría jurídica.

El principio de tolerancia, formulado por Kaufmann como imperativo categórico, guía su pensamiento, tal como se hace patente por la forma objetiva y minuciosa de presentar corrientes y doctrinas que no comparte o sólo acepta parcialmente y relacionar autores que cubren todo el espectro de la filosofía del derecho clásica y contemporánea.

Este libro está dirigido sin duda a los expertos, pero también a los estudiantes y a todos aquellos que se interesan por un saber iusfilosófico ajeno a dogmas, que haga propicias la controversia y la confrontación de tesis, características del conocimiento verdadero y de la libre investigación científica.

Como traductor entiendo que este no es el lugar adecuado para discutir aspectos del fondo doctrinal de la obra, con los cuales difiero, sin que por ello se disminuya mi admiración y respeto por el ilustre iusfilósofo germano. Seguramente no pocos de esos puntos darán origen a una productiva controversia entre estudiosos e interesados en la filosofía del derecho y la teoría jurídica, lo cual contribuirá aún más a la necesaria puesta al día de temas que conciernen no sólo a los juristas, sino a la sociedad entera.

Me es grato, finalmente, agradecer a la doctora Ana María Montoya por su eficaz colaboración en la traducción de varios capítulos, al doctor Antonio Milla, Director del Departamento de Publicaciones de la Universidad, por su interés en la realización del proyecto editorial y en especial al doctor Fernando Hinestrosa, Rector de la Universidad Externado de Colombia, por su decidido apoyo y su constante estímulo, que hicieron posible convertir en realidad este propósito.

Luis Villar Borda

PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Habent sua fata libelli. También este libro tiene una historia. Sobre su origen se ha producido un malentendido que sin duda yo mismo propicié. En el prefacio de la primera edición dije que al libro lo había precedido una serie de artículos bajo el título "Filosofía del derecho para reflexionar", en la revista *Jura*. Esto ha llevado a la errónea idea de que el libro sólo sería un ulterior resumen, más o menos correspondiente a los artículos de la revista. Esto, sin embargo, no es así. Los ensayos de la revista provienen del manuscrito del libro, no éste de aquellos. Desde el comienzo surgió el esquema de un libro integral y así se elaboró esta obra. Cuando ya el manuscrito estaba terminado se me solicitó escribir para *Jura* una serie iusfilosófica. Yo correspondí a esa solicitud poniendo a disposición algunas versiones abreviadas, en la mayor parte notoriamente sintetizadas del manuscrito. Poco después apareció la primera edición del libro, que ya en esa versión sobrepasa ampliamente la serie de *Jura*. Con mayor razón vale decir esto en la segunda edición, reelaborada en gran parte y considerablemente ampliada. Pero con ello no termina todavía la historia del nacimiento de este libro. Al escribirlo tenía también el deseo de trabajar en otra obra iusfilosófica con el título "El principio de tolerancia. Filosofía del derecho en la sociedad pluralista de riesgo". El proyectado libro debía empalmar con el presente, en cuyas últimas páginas apuntaba el tema de la obra en perspectiva. Pero ocurrió algo que no estaba previsto. Secuelas tardías de una herida de guerra afectaron tan seriamente mi capacidad que sólo muy limitadamente pude proseguir mi actividad científica. Sin la desinteresada ayuda de fieles compañeros de trabajo, esta nueva edición revisada no habría podido aparecer.

Felizmente cuando me sorprendió la enfermedad tenía ya formulados en el papel algunos materiales del libro programado. Esos textos los integré ahora en el libro actual y, hasta donde es posible, los actualicé (con indicación de nueva literatura). Esto se muestra en muchos aspectos, en forma particularmente clara en el bastante amplio capítulo XX, al cual he dado el título que habría de llevar el libro deseado, o sea el mencionado anteriormente. Este capítulo contiene, si bien no en todos los detalles sí en el conjunto, el programa de ese libro.

Junto a otros propósitos tenía interés en intentar en el libro proyectado la confrontación de las teorías de argumentación más formales con teorías de contenido. Las reglas formales de argumentación son necesarias, pero ellas solas no pueden ser suficientemente normativas para el discurso práctico, mucho menos para determinarlo, pues son demasiado generales para esto. Por eso éstas no pueden sustituir a las *reglas de argumentación de contenido*. Como objeto de mi estudio pensaba en la bioética. Esta es muy actual, las decisiones, en su mayor parte *riesgosas*,

adquieren gran trascendencia práctica, a lo cual se agrega la particularidad de que ordinariamente no se puede alcanzar ningún consenso en cuestiones de riesgo. Es aún dudoso si aquí se trata de un discurso *normativo*, que frecuentemente no suministra el *único* resultado "correcto" sino una *pluralidad* de resultados "tolerables", lo que permite prever las dificultades materiales y metodológicas que han de afrontarse. En los capítulos XI (II) y XX se encuentran más detalladas explicaciones sobre estos problemas.

Y todavía algo más sobre la historia del nacimiento de este libro. La primera edición tenía el título de "Problemas fundamentales de la filosofía del derecho; una introducción al pensamiento iusfilosófico". Escogí ese título para no despertar la idea de que se ofrecía *toda* la filosofía del derecho. Puesto que la segunda edición se ha ampliado considerablemente, el título anterior no se acomoda más. Sin embargo, el nuevo título de *Filosofía del Derecho* no me parece por completo carente de problemas. La época de los "sistemas", de la exposición más completa y cerrada posible de la filosofía del derecho ya pasó. La *Filosofía del Derecho* de Gustav Radbruch (1932) fue la última de esa clase. En nuestro complejo mundo tales sistemas no pueden darse más. A pesar de ello me decidí por el título *Filosofía del Derecho* y a decir verdad por un motivo enteramente pragmático. Ese título es utilizado también hoy generalmente para presentaciones sistemáticas (pero no "cerradas") de la filosofía del derecho. Actualmente hay por lo menos seis libros en lengua alemana con el mencionado título. Puesto que estos no son más "completos" que el presente libro, estimo factible darle igualmente el título de *Filosofía del Derecho*. En la nueva edición se encuentran muchos *nuevos capítulos o apartes*: lógica, antropología jurídica, libertad, tolerancia, espacio libre de derecho, pluralismo, decisiones de riesgo y otros más. Acerca de la lógica ha de decirse que yo sólo trato los elementos esenciales de la lógica tradicional ("aristotélica"), que todo jurista debe dominar y sobre todo utilizar correctamente (por experiencia sé que siempre se tropezará de nuevo con las reglas lógicas fundamentales). Para la lógica formal ("matemática") se requieren algunos conocimientos previos, que no tengo por qué suponer en los lectores de este libro y que exigen el estudio de literatura especializada. Sobre la *antropología jurídica* había apenas unas pocas frases en la edición anterior. Considero difícil exponer en un reducido espacio una disciplina jurídica que todavía no se ha encontrado del todo consigo misma. Esto, no obstante, no es aceptado así en todas partes. Por eso la nueva edición contiene una exposición quizás demasiado extensa de la antropología jurídica [tomada del libro *Introducción a la Filosofía del Derecho y la Teoría Jurídica Contemporánea* de Kaufmann y Hassemer (Eds.). 1994].

Reiteradamente se me sugirió ampliar el capítulo sobre la "Historia de la filosofía del derecho". No pude, empero, decidirme a ello. Conforme al bosquejo

de este libro, la temática histórica no debería ir más allá de lo que las finalidades propias del libro exigían. A quien se interese por un trabajo más minucioso se le remite a mi exposición en la *Introducción* ya mencionada. Allí se encuentran también referencias de obras históricas aún más completas.

En especial quisiera indicar que para mí se trata esencialmente de una filosofía del derecho de *contenido*. Yo hablo sobre "cosas". Hoy no hay muchos más filósofos del derecho que hagan lo mismo. La mayor parte se dedican a los puntos centrales, cuando no exclusivamente a los problemas formales, en especial las reglas de procedimiento para el discurso y la argumentación, las teorías procesales de la verdad y la justicia y los discursos éticos orientados procesalmente. En tanto se delibera sobre la justicia, esto sucede casi sin excepción bajo reducción al *principio formal de igualdad*. El índice de materias ya puede mostrar que esos problemas tampoco son abreviados demasiado en este libro. Pero yo no me restrinjo a ellos. Para mí los contenidos son tan importantes como la forma. El hecho de que la mayor parte de los expertos se limiten hoy en lo esencial a los problemas procesales, no obedece en general a que les parezcan los contenidos menos importantes. Ellos son más bien de la opinión de que ocuparse con contenidos de la justicia no puede satisfacer las pretensiones científicas. Esto sería mucho más tarea de los políticos que de los filósofos del derecho. Hay que reconocer francamente que en contenidos, incluso en contenidos normativos, no hay ningún juicio sintético *a priori*, ningún conocimiento exacto. Por eso estoy completamente consciente de que en mis conocimientos de cosas por el estilo se obra *bajo riesgo*; errores son siempre posibles. Yo no eludo, empero, ese riesgo, a diferencia de muchos de mis colegas de oficio, ni tampoco la responsabilidad que de allí se deduce. Pues soy de la opinión –lo he dicho repetidamente– de que los contenidos de la justicia (se trata nada menos que de un posible orden justo de la comunidad) son demasiado importantes como para dejarlos exclusivamente en manos de los políticos partidistas –sin duda necesarios–. Si esto que planteo satisface el concepto de ciencia de este o aquel crítico es algo que asumo con tranquilidad. Pero no quiero merecer el reparo de que hablo sobre cosas que pasan de largo los problemas más apremiantes de nuestro tiempo y nuestra sociedad.

De esta manera el lector encontrará tratados numerosos temas particulares de la *justicia social*, como son: utilitarismo, pluralismo, tolerancia, sociedad de riesgo, bioética, genética humana, medicina reproductiva, clones humanos, interrupción del embarazo, ecología, derechos de la naturaleza (de los animales), guerra y paz, huelgas pasivas, decisión sobre crucifijo del Tribunal Federal Constitucional, el *Manifiesto Comunista* en comparación con las encíclicas sociales de la Iglesia, y aún mucho más. Naturalmente la justicia social tiene todavía otras

ramificaciones. La selección se hizo aquí teniendo en cuenta la actualidad. Los temas mencionados son, por cierto, también discutidos en otras ciencias. Pero ellos tienen claro también un *componente filosófico* y son por eso elemento genuino de la filosofía (sobre todo de la ética y la filosofía del derecho). Habrá de subrayarse que los capítulos más "clásicos" de la filosofía del derecho –principio de igualdad, validez jurídica, concepto de derecho, derecho y moral, entre otros– tienen también amplio campo en este libro.

München, mayo de 1997

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

El presente volumen quiere ofrecer una "filosofía del derecho para reflexionar". Naturalmente se entiende por sí mismo que se quiera suministrar material iusfilosófico. Pero el lector no debe simplemente tomar receptivamente ese material sino realizarlo e interpretarlo en forma activa y adoptarlo no sin crítica como posesión propia. El debe, dicho en resumen, ejercitarse en el pensamiento iusfilosófico. El libro no es una exposición sin lagunas de aquello que se denomina "Filosofía del Derecho". Esto sería de todas maneras imposible. Más bien, las cuestiones materiales discutidas son ejemplos típicos de la filosofía del derecho, en los cuales se puede incitar el filosofar sobre "casos" iusfilosóficos.

München, febrero de 1994

AfBG	*Archivo de Historia de Conceptos*
ARSP	*Archivo de Filosofía Jurídica y Social*
ARWP	*Archivo de Filosofía Jurídica y Económica*
BGH	Tribunal Federal
BGHSt	*Decisiones del Tribunal Federal en causas penales*
BGHZ	*Decisiones del Tribunal Federal en causas civiles*
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal
BVerfGE	*Decisiones del Tribunal Constitucional Federal*
BGB	Código Civil
DÖV	*La Administración Pública*
DRiG	Ley judicial alemana
EGBGB	Ley Introductoria al Código Civil
Eth	*Etica – Ciencia y responsabilidad*
FamRZ	*Revista del Derecho de Familia*
GA	Archivo Goltdammer de Derecho Penal
GVG	Ley del Tribunal Constitucional
GG	Ley Fundamental de la República Federal Alemana
GRGA	Obra Completa de Gustav Radbruch, editada por A. Kaufmann, 20 Vols., 1987 y ss.
HbphilGrB	*Diccionario Histórico de Filosofía*, reelaborado, 12 volúmenes de texto y uno de índices, 1971 y ss.
JA	*Revista Jurídica Laboral*
IjbRPhuG	*Anuario Internacional de Filosofía del Derecho y Legislación*
IStudRuSt	*Estudios Interdisciplinarios sobre el Derecho y el Estado*
JbRsozuRTh	*Anuario de Sociología del Derecho y Teoría del Derecho*
JBL	*Hojas Jurídicas*
JZ	*Diario Jurídico*
Jura	*Estudios Jurídicos*
JuS	*Práctica Jurídica*
MEW	Obras de Marx y Engels
MDR	*Revista mensual de Derecho Alemán*
N. F.	Nueva versión

NJW	*Nuevo Semanario Jurídico*
ÖJZ	*Diario Jurídico Austriaco*
ÖZöffR	*Revista Austriaca de Derecho Público*
Ph1JB	*Anuario Filosófico*
RE	*Enciclopedia Real de la Ciencia de la Antigüedad Clásica*, reelaboración en 80 Vols., 1894 y ss.
RPhH	*Cuadernos de Filosofía del derecho – Contribuciones a la Ciencia del Derecho, Filosofía y Política*
RuP	*Derecho y Política*
RTh	*Teoría del Derecho; Revista de Lógica, Metodología, Cibernética y Sociología del Derecho*
RG	Tribunal del Reich
RGSt	*Decisiones del Tribunal del Reich en causas penales*
SchwJZ	*Diario Jurídico Suizo*
SchZStR	*Revista Suiza de Derecho Penal*
StGB	Código Penal
StPO	Código de Procedimiento Penal
SJZ	*Diario de los Juristas sud-alemanes*
TRE	*Enciclopedia Teológica Real*
ZRP	*Revista de Política del Derecho*
ZSchwR	*Revista de Derecho Suizo*
ZstaatsW	*Revista Completa de la Ciencia del Estado*
ZStW	*Revista Completa de la Ciencia jurídico-penal*
ZphilF	*Revista para la Investigación Filosófica*
ZPO	Código de Procedimiento Civil

Imperativo categórico de la tolerancia:

Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana.

A. K.

INTRODUCCIÓN

I. FINALIDAD DE ESTE LIBRO

El jurista de hoy se ve confrontado, quizás inevitablemente, con una enorme y siempre creciente abundancia temática, que él intenta dominar, con más o menos éxito, mediante diversos recursos: por medio de ediciones legales de hojas intercambiables (primero las leyes fueron cinceladas en tablas de piedra, hoy se producen en cadena), por medio de ficheros de literatura y jurisprudencia (para poder con esto transmitir rápidamente la "opinión dominante") y naturalmente por medio del computador. Ya el estudiante de derecho se ve obligado, en atención a la erudición que se le exige en el examen, a aprender de memoria soluciones prefabricadas de problemas e invocar autoridades ajenas en lugar de argumentar él mismo racionalmente. Esto lleva a que el jurista ya durante la preparación, tanto más en el ejercicio profesional, vea como un "lujo" los cursos básicos: historia del derecho, filosofía del derecho y sociología del derecho; un lujo que no se puede dar. No es una sorpresa, entonces, que cada vez sean más escasos los juristas formados.

Uno tiene que encontrarse frecuentemente con la peregrina opinión según la cual ocuparse de filosofía del derecho sólo tiene sentido si también en el futuro se puede realmente filosofar, y que además falta el tiempo necesario. Ciertamente sólo se puede ejercer profesionalmente la filosofía del derecho cuando se domina el oficio filosófico. Sin embargo, no todo jurista necesita ser un filósofo del derecho profesional. Pero cada jurista debe haber percibido a lo menos una vez un gusto por la filosofía del derecho, a fin de ampliar su ámbito espiritual, su "conciencia de los problemas". El gran historiador de la cultura Jacob Burckhard escribió en sus *Consideraciones histórico mundiales* (1905): "En las ciencias [...] se puede ser maestro sólo en una esfera limitada, o sea como especialista, y se *debe* serlo en cualquier ámbito. Pero si no se ha perdido la capacidad de orientarse panorámicamente, si se valora de forma debida, entonces se es posiblemente en muchos otros aspectos diletante, aprendiz por cuenta propia con el fin de aumentar conocimientos y enriquecer puntos de vista; de otra forma se permanece un ignorante en todo lo que vaya más allá de la especialidad y

no se pasa en esa situación de ser un tosco artesano. Pero al diletante, porque él ama las cosas, quizá le sea posible en el curso de su vida profundizar también efectivamente en diversos campos". El presente libro fue escrito, no en último término, para aquellos juristas y no-juristas que "aman las cosas", o sea el derecho (que no es lo mismo que las leyes), y tienen el valor del diletantismo, el cual quizás alguna vez, más tarde o más temprano, sea recompensado con una comprensión más profunda de la relaciones jurídicas. El libro no enseña ningún dogma que pueda aprenderse de memoria y luego repetirse; más bien, quiere enseñar el pensamiento iusfilosófico y estimular su correalización activa.

Los contenidos iusfilosóficos no existen independientemente del filosofar. No hay ni contenidos jurídicos substanciales, existentes de por sí, "esencia" independiente del pensamiento en alguna parte de un cielo ideal, ni tampoco un proceso de conocimiento jurídico puramente funcional, existente de por sí, en cierta medida "un pensamiento del pensamiento", que no tiene ningún contenido. El "qué", el contenido del derecho, y el "comó", el proceso de creación jurídica, se aluden mutuamente; el derecho justo (indiferentemente de lo que esto sea) y el proceso de realización del derecho se corresponden necesariamente. O dicho de otra manera: el derecho justo (propiamente un pleonasmo) existe tan poco "sin procedimiento" (tal como el ontologismo-objetivismo) como únicamente "mediante procedimiento" (tal el funcionalismo-subjetivismo); existe sólo "en procedimiento", que es una realización de "algo" (abolición de la escisión sujeto-objeto en la hermenéutica).

El pensamiento iusfilosófico se puede estudiar, como pensamiento en general, razonablemente, pues sólo en la materia se acredita el pensamiento. Por el contrario, quieren algunos filósofos modernos limitar la filosofía (del derecho) sólo al proceso, al discurso, con ello a lo formal, porque sólo en la esfera de lo formal serían posibles respuestas "de fundamentación final". Sobre los contenidos del derecho no tendría que decidir la ciencia, sino la política, y esto conforme a las normas de la prudencia. A estas horas se sabe, a lo menos desde Kant, que los conocimientos de contenido efectivamente no son válidos *a priori*, sino sólo *a posteriori*, porque ellos no se apoyan en pensamiento puro, más bien se apoyan en la experiencia. Una filosofía del derecho realista, que quiera decir algo sobre *qué* debe ser y *qué*

no debe ser, no puede de todos modos renunciar a la experiencia[1], pero en verdad tiene que renunciar honestamente a la aspiración de poder hacer afirmaciones "finalmente fundamentadas". Los conocimientos de una filosofía del derecho realista, fundada en la experiencia, son siempre sólo juicios problemáticos, no apodícticos. Sin embargo, aún cuando esto es así, la ciencia no puede capitular aquí, pues los problemas conforme al contenido del derecho (por ejemplo, el bienestar general) son demasiado importantes como para que ellos pudieran dejarse por entero a los (necesarios), políticos partidistas. El lector de este libro debe tener siempre eso en consideración. Cómo, a pesar de un tal ascetismo teorético-cognoscitivo, puede eludirse un relativismo desmesurado se mostrará en el capítulo XVIII de este libro (epígrafe: Convergencia como criterio de verdad).

II. SOBRE EL CONTENIDO DEL LIBRO

El índice de materias ofrece una primera ojeada sobre lo que en este libro se ventila. Sin embargo, muchos otros temas que no se incluyen allí son tratados en el correspondiente lugar, por ejemplo: el relativismo iusfilosófico (teoría valorativa), el dualismo metodológico (las relaciones de ser y deber ser), el silogismo lógico (la subsunción), la teoría de las normas, el bien común, el *Manifiesto Comunista*, las encíclicas sociales del Papado, la genética humana, los precedentes del derecho, la tópica jurídica, la retórica jurídica, el derecho y el poder, el derecho y la conciencia.

Quien haya reflexionado sobre ello encontrará que en este libro se trata preponderantemente de *problemas de contenido.* Se debe hacer el intento de desarrollar una *filosofía del derecho material*, que se ocupe de los temas "reales" que plantean los problemas de nuestra época. Ciertamente se indicará a menudo suficientemente que esto no funciona sin forma[2]. En nuestro mundo no aparecen jamás, como ya arriba se ha recordado, forma y materia separadas. Sólo una vez ha ocurrido que materia provenga de pura forma:

---

1 Ver K. Lüderssen. *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1972; G. Winkler. *Rechtsswissenschaft und Rechtserfahrung*, 1944.

2 Sobre la forma jurídica ver recientemente R. S. Summers. "Der formale Charakter des Rechts", en *ARSP* 80 (1994), pp. 66 ss.

en el momento de la "primera explosión" ("al comienzo fue la palabra", la forma pura, el uno, del cual brota la variedad de contenidos del ser); desde el punto de vista científico esto es naturalmente una mera especulación.

De lo dicho resulta que aquellos temas que tienen predominantemente carácter *formal* no deberán ser discutidos, en todo caso no explícitamente, por ejemplo la teoría analítica del derecho (pero en el capítulo III será mencionada) y la *informática jurídica* (que como tal no es filosofía del derecho ni teoría del derecho, sino una técnica, pero cuya aplicación en el derecho exige conocimientos jurídico-teóricos)[3]. Estos campos más formales del derecho, de todos modos, no son preferentemente contados como filosofía del derecho, sino más bien como teoría jurídica.

No es posible tratar aquí todos los temas iusfilosóficos en un sistema "cerrado" (concluyente). *Ya no* es posible porque en nuestro complejo mundo puede darse sólo un sistema "abierto" de filosofía del derecho. En antiguas filosofías del derecho, por ejemplo las de Kant y Hegel, pero también en la ampliamente conocida *Filosofía del Derecho* de Gustav Radbruch (él es, junto con Hans Kelsen, el más notable filósofo del derecho en lengua alemana en nuestro siglo; en la época de Weimar fue repetidamente Ministro de Justicia y en esa condición admitió en 1922 a la mujer en todos los oficios jurídicos)[4], se contienen todavía en la discusión iusfilosófica, en una "parte especial", problemas como propiedad, contrato, matrimonio, herencia, derecho penal, proceso, derecho internacional y otros más[5]. Puesto que la

---

3 Para una introducción a la informática jurídica se recomienda J. Schneider. "EDV und Recht; Rechtsinformatik", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 504 ss. También H. Haft. "Die 'Regeln' der Rechtsanwendung", en L. Phillipps/H. Scholler. *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 21 ss.

4 A quien se interese por Radbruch se le remite a A. Kaufmann. *Gustav Radbruch Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, 1987 (Serie Piper 5247).

5 La *Filosofía del Derecho* de Radbruch apareció primero bajo el título *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914), luego como *Rechtsphilosophie* en tercera edición, 1932; póstumamente vieron la luz otras cinco ediciones, la última en 1983. Ahora aparece una edición crítico-científica de las obras completas de Radbruch en 20 tomos, editada por Arthur Kaufmann. Los tres primeros tomos (ya aparecidos) contienen la filosofía del derecho de Radbruch en sentido estricto. Sus escritos literarios, político-culturales y de historia del arte continúan en los volúmenes 4 y 5.

filosofía (y la filosofía del derecho es una parte de la filosofía, no así la ciencia del derecho ni especialmente la dogmática jurídica) se orienta siempre hacia el todo, el número de sus temas es infinito. Básicamente de todo se puede hacer tema de la filosofía y de la filosofía del derecho. En la práctica naturalmente es necesaria una limitación. Las delimitaciones hechas aquí se han expuesto arriba. En esto, en verdad, hay que tener también en cuenta que para estudiar el pensamiento iusfilosófico no se requiere ocuparse de todos –o de la mayor parte– de los temas de la filosofía del derecho; lo importante es que ello ocurra con los temas *típicos*. La escogencia de los temas tratados se hizo también precisamente bajo este aspecto.

III. LITERATURA

Ya nadie puede abarcar la cantidad de literatura iusfilosófica en lengua alemana. A ello se agrega la literatura en lenguas extranjeras, que no se puede descuidar básicamente (como en una disciplina jurídico-dogmática), pues la filosofía del derecho es una disciplina internacional por excelencia. Además hay que reflexionar sobre lo siguiente. Ningún penalista se ocupará de solucionar un caso con una obra jurídico-penal (comentario, manual) escrita hace cincuenta años, o quizás hace sólo diez; tal literatura tiene casi sólo valor histórico. Completamente distinto es el caso de la filosofía y la filosofía del derecho. Aristóteles, Kant, Hegel... no solamente nos interesan históricamente, antes bien, ellos son todavía importantes para la solución de nuestros problemas actuales, mucho más importantes que un libro de filosofía de 1992. Y finalmente, un tercer punto. La filosofía del derecho es, como ya se dijo, una parte de la filosofía. Por esa razón nadie puede, en principio, *more* geométrico, cultivar la filosofía del derecho si le es completamente ajena la filosofía general (se conceptúa la filosofía *científica*). Pero también es claro que no todo jurista interesado en la filosofía del derecho puede ser experto en la filosofía general. Aunque una pequeña introducción filosófica deberá haber tenido él a mano alguna vez.

Al comienzo de cada capítulo se encuentran datos más o menos detallados de literatura. Presumiblemente la mayor parte de los lectores no utilizará en absoluto esa oferta. Tampoco es necesario para la comprensión del libro. Pero aquellos que quisieran seguir laborando en estos campos saludarán

esa ayuda, cuanto más que para los poco versados es parcialmente difícil informarse sobre la literatura especializada. También se ha suministrado en forma moderada literatura en otros idiomas, para aquellos que quieren trabajar en el extranjero. Puesto que yo no puedo saber bajo cuáles aspectos busca literatura el lector interesado, simplemente he omitido escritos no calificables, pero en lo demás se ha prescindido de una clasificación.

Algunos preguntarán probablemente para qué sirven entonces las notas de pie de página. Ellas tienen el siguiente significado. El conocimiento no es, especialmente en las ciencias del espíritu, como lo ha evidenciado sobre todo la moderna teoría del discurso (Jürgen Habermas), un acto individual monológico, sino que exige un esfuerzo comunicativo. Esta comunicación, este discurso puede también simularse en el propio gabinete de trabajo, de manera que los otros participantes del discurso estén presentes en la forma de sus escritos y sean consultados. Ha de contemplarse la multiplicidad de autores citados en este libro, bajo el punto de vista del "auditorio universal" en el sentido de Perelman (ver luego p. 486). En eso es de considerar (como se expone en el capítulo XVIII, II), que la convergencia de muchos conocimientos sobre el mismo problema ofrece un importante criterio de verdad. Suministrar las fuentes que uno ha utilizado es no sólo un precepto de honestidad, sino en primera línea sirve para que el lector pueda seguir y examinar la vía del conocimiento del autor. Las notas de pie de página, a menudo escarnecidas, tienen pues una importante función científica.

Sólo remito a escritos propios cuando he hecho en otra parte reflexiones más detalladas sobre el asunto o cuando he abandonado una opinión anteriormente sostenida por mí.

Puesto que en autores cuyo nombre de pila completo no se indica siempre se supone maquinalmente que sean masculinos, yo indico en el caso de *mujeres* el pre-nombre anotado, en tanto se conozca.

1. *Introducción a la filosofía*

Bloch, Ernst. *Tübinger Einleitung in die Philosophie*, 2 Vols., 1963, 1964; Heidegger, Martin. *Einführung in die Metaphysik*, 1953; Jaspers, Karl. *Einführung in die Philosophie*, 1953 (20ª ed., 1986, Serie Piper 13); Stegmüller, Wolfgang. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*; *Eine kritische*

Einführung, Vol. 1, 6ª ed., 1978; Vol. 2, 8ª ed., 1987; Vol. 3, 8ª ed., 1987; Vol. 4, 1ª ed., 1989; Stein, Edith. *Einführung in die Philosophie*, 1991.

2. *Filosofía del derecho clásica*

Aristóteles. *Etica a Nicómaco*, apróximadamente 320 a. C. (el libro V contiene la Doctrina de la Justicia); Tomás de Aquino. *Recht und Gerechtigkeit*, publicación especial en 18 tomos de la edición alemana (latín-alemán), 1987, (con comentario de A. F. Utz). La cita original es la *Summa Theologica* II, II, 57-79, de 1266-1272; Kant, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*, 1797, 2ª ed., 1798 (1ª Parte: "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre"); Fichte, Johann Gottlieb. *Rechtslehre*, 1812; del mismo, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796; Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts; oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821.

3. *Principales obras de la filosofía del derecho contemporánea*

Brieskorn N. *Rechtsphilosophie*, 1990; Brito, J. de Sousa e. *Filosofía do Direito e do Estado*, 1987; Coing, H. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 1993; Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, 1986; Engisch, K. *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed. (póstuma), 1997 (renovada por Würtenberger, T. jun./Otto, D.); del mismo, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit; Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, 1971; Fechner, E. *Rechtsphilosophie; Soziologie und Metaphisyk des Rechts*, 2ª ed., 1962; Feinberg, J./Gross, H. *Philosophy of Law*, 2ª ed., 1980; Habermas, J. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992; Henkel, H. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977; Höffe, O. *Politische Gerechtigkeit; Grundlegung einer kristischen Philosophie von Recht und Staat*, 1997; Jakobs, G. *Norm, Person, Gesellschaft; Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1997; Kaufmann, A. *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984; del mismo, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2ª ed., 1992; del mismo, *Über Gerechtigkeit; Dreissig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, 1993; Kaufmann, A./Hassemer, W. (Eds.). *Einführung in*

Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6ª ed., 1994 (japonés, español, polaco, chino, turco, esloveno); Legaz y Lacambra, L. *Rechtsphilosophie* (del español), 1965; Lombardi Vallauri, L. *Corso di Filosofia del Diritto*, 1981; López Calera, N. M. *Filosofía del Derecho*, 1985; Mac Cormick, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978; Maihofer, W. (Ed.). *Begriff und Wesen des Rechts*, 1973; Marcic, R. *Rechtsphilosophie*; *Eine Einführung*, 1969; Medina Morales, D. *Temática Filosófico-Jurídica; sobre el conocimiento filosófico del derecho*, 1993; Naucke, W. *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 3ª ed., 1996; Opocher, E. *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2ª ed., 1993; Peschka, V. *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie* (del húngaro), 1974; Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983 (desde la tercera edición en 1932 permanecía inmodificado el texto; a partir de la 4ª ed. (póstuma), 1950, se agregan como anexos algunos importantes ensayos iusfilosóficos de Radbruch); del mismo, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1965 (póstuma); del mismo, *Obra Completa* en 20 volúmenes, editada por Arthur Kaufmann (en impresión); Rawls, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (del inglés), 5ª ed. (alemana) 1990; del mismo, *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1992; Reale, M. *Filosofia do Direito*, 2 Vols., 1972; Robles, G. *Introducción a la Teoría del Derecho*, 1988; Ryffel, H. *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie; Philosophische Anthropologie des Politischen*, 1969; Schapp, J. *Freiheit, Moral und Recht; Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994; Seelmann, K. *Rechtsphilosophie*, 1994; Sforza, W. C. *Rechtsphilosophie* (del italiano; con un epílogo de A. Baratta), 1966; Smid, St. *Einführung in die Philosophie des Rechts*, 1991; Stone, J. *Human Law und Human Justice*, 1965; Villey, M. *Philosophie du droit*, I, "Definitions et fins du droit", 4ª ed., 1986; Ziembinski, Z. (Ed.). *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*, 1987; Zippelius, R. *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1994; del mismo, *Das Wesen des Rechts; Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 1997.

CAPÍTULO PRIMERO

Naturaleza, tareas y posición sistemática de la filosofía del derecho

I. LITERATURA

Ver Introducción III, 3. Además: Aarnio, A. *Denkweisen der Rechtswissenschaft; Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung*, 1979; Golding, M. P. *Legal Reasoning*, 1984; Klenner, H. *Rechtsphilosophie in der Krise*, 1979; del mismo, *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, 1984; Maihofer, W. *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954; Ollero, A. *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1978; Seidler, G. L. *Rechtssystem und Gesellschaft*, 1985; Wesel, U. *Juristische Weltkunde*, 6ª ed., 1992.

II. LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Así como la *dogmática jurídica* es la ciencia del sentido normativo del derecho positivo válido y la *sociología del derecho* la ciencia de las regularidades del derecho y la vida jurídica, la *filosofía del derecho* tiene que ver con el derecho como debe ser, con el derecho "correcto", el derecho "justo", en resumen: ella es la *doctrina de la justicia*. Mientras la ciencia jurídica dogmática no sobrepasa el derecho vigente y sólo lo critica intrasistemáticamente, la filosofía del derecho orientada transistemáticamente se interesa por el derecho vigente sólo con respecto a su valor o disvalor. En épocas recientes se ha generalizado una diferenciación entre la filosofía del derecho en sentido estricto y la *teoría del derecho*, pero hasta ahora no se ha logrado trazar una clara línea de separación entre ambas. Sobre esto se hablará más en el capítulo siguiente.

III. LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Como ya se ha dicho, la filosofía del derecho es una *rama* de la filosofía, no una rama de la ciencia del derecho. En verdad, tampoco es la filosofía del derecho una clase especial del género filosofía general. La filosofía se ocupa siempre y en todas sus formas de los problemas fundamentales del devenir humano, de aquello que Karl Jaspers llama lo "inasible"[1]; en la filosofía se

1 Jaspers. *Einführung in die Philosophie*, 20ª ed., 1986, pp. 24 y ss.

trata, dicho brevemente, siempre en torno a lo "general": ¿por qué es en suma lo existente y no más bien la nada?; ¿por qué estoy yo aquí y hacia dónde voy en general?; ¿por qué en general tiene que haber derecho y qué es en resumen el derecho (correcto)?; ¿por qué en fin se tiene que penalizar? o, con Stephen Hawking, el conocido astrofísico británico: "¿Por qué tiene que someterse el universo entero al infortunio de la existencia?"[2].

La filosofía del derecho no se diferencia, pues, de otras ramas de la filosofía en razón de ser más especial, sino en que son *principios jurídicos básicos*, *problemas jurídicos fundamentales* los que refleja, discute y, en la medida de lo posible, responde de *modo filosófico*. En consecuencia, un futuro filósofo del derecho tiene también que ser versado en ambas disciplinas –un ideal, que naturalmente sólo puede alcanzarse en forma aproximada–. Filosofía del derecho no es, entonces, ciencia del derecho, y sobre todo no es dogmática jurídica. Ya que en el próximo capítulo se hablará sobre esto con mayor detalle; nos limitamos aquí a la repetición de lo ya dicho arriba: la dogmática jurídica argumenta siempre *intrasistemáticamente*, el sistema vigente permanece intacto. Por el contrario, no se considera la filosofía del derecho en el marco del derecho en vigor, sino que toma frente a éste una posición *transistemática*.

Ahora, tampoco es verdad que la filosofía y la filosofía del derecho puedan proceder completamente sin presupuestos. Esto se puede fácilmente aclarar con lo que Pascal ha designado en la *Lógica de Port Royal* (1662) como el –inalcanzable– "método más perfecto": no se debe emplear ningún concepto que antes no se hubiere definido claramente, y no se puede hacer ninguna aseveración sin que se hubiese acreditado su verdad. No se requieren prolijas reflexiones para percibir que esas exigencias son imposibles, porque ambas tendrían que conducir a regresos infinitos. Pero la filosofía, a diferencia de la dogmática, tiene no obstante que esforzarse, a lo menos, en hacer el intento de "analizar" también los problemas fundamentales y los presupuestos básicos de las ciencias y sistemas; dicho con las palabras arriba mencionadas, ella tiene que asumir una posición sistemático-trascendente. Esa posición no es aquella de la *tabula rasa*.

---

2 Documentación: Kitty Ferguson. *Das Universum des Stephen Hawking*; *Eine Biographie*, 2ª ed., 1994.

Precisamente la nueva hermenéutica (la palabra viene de ἑρμηνεύειν, comprender) ha indicado que el "prejuicio" (no entenderlo negativamente y mejor llamarlo "precomprensión") es directamente la condición de la comprensión de los fenómenos de este mundo, pero que ciertamente tendrá que ser revisada siempre mediante nuevos actos del conocimiento.

No hay en la filosofía –y esto naturalmente vale también para la filosofía del derecho– nada que no pueda ser problemático, sin excluir su propia naturaleza. Pero no todas las preguntas son en la misma medida oportunas. Esto se determina, esencialmente, conforme a las circunstancias históricas dadas que indican cuáles son los problemas iusfilosóficos "correctos". Luego de las enormes perversiones jurídicas en la época del nacional-socialismo, se orientaron los problemas iusfilosóficos en la segunda posguerra mundial hacia la "naturaleza de la cosa", "las estructuras lógico-reales", las "instituciones" precedentes, para dar así de nuevo un asidero al derecho. El problema acerca de la "indisponibilidad" es desde entonces un tema perpetuo de la filosofía del derecho, pero hoy, en donde nosotros tenemos otra vez relaciones jurídico-estatales aceptables, ha dejado de ser un tema particularmente actual. Por el contrario, nos inquietan la energía atómica, la biotecnología, la genética humana, que no son sólo problemas de la ética (bioética, genética) sino en no menor medida también de la filosofía del derecho, pues la filosofía del derecho es la doctrina de la justicia, a la cual pertenece sobre todo la justicia social, la justicia del bien común. ¿Y no son la tecnología atómica, la biotecnología y la tecnología genética problemas del *bonum commune*? (Sobre bioética ver el capítulo XX, IV, 4). Sin embargo muchos, demasiados iusfilósofos son de opinión que estas cosas en nada incumben a la filosofía del derecho. Es también sorprendente el pequeño número de filósofos del derecho que se han dedicado al tema de la "paz" (sobre paz y guerra ver capítulo XVII).

IV. LAS TAREAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Hemos dicho que el tema de la filosofía del derecho es el "derecho justo", la "justicia". Por eso sus dos preguntas básicas rezan: 1. ¿*Qué* es derecho justo?, y 2. ¿*Cómo* conocemos o realizamos derecho justo? De ambas preguntas surgen conjuntamente las tareas de la filosofía del derecho:

desarrollar una *teoría de la justicia* racional como medida de valoración para el derecho positivo, y con ello también una *doctrina sobre la validez del derecho.*

Se creyó durante largo tiempo, y muchos lo creen todavía, que la pregunta sobre el "qué" de la justicia y la pregunta acerca del "cómo" del conocimiento de la justicia podían tratarse y responderse de manera completamente independiente una de otra. El derecho justo y la justicia se plantean como objetos substanciales, como "objetos" que se contraponen a nuestro pensamiento y son aprehendidos en su pura objetividad por "sujetos". En el conocimiento nada accede del sujeto cognoscente. Conforme a eso se enseña, y se escriben hasta hoy "filosofías del derecho", de un lado, y "doctrinas del método", del otro lado, colocadas una junto a la otra sin apenas punto de contacto[3].

Sin embargo, el esquema teorético-cognoscitivo sujeto-objeto pertenece al pasado; esto incluso en las ciencias naturales explicativas, y con mucha más razón en las ciencias de comprensión hermenéutica. Por eso se han logrado más y más en nuestra época *teorías procesales de la justicia* que conciben el "derecho justo" como *producto del proceso de creación jurídica*. "Sólo" habrá que preguntarse si exclusivamente como un producto semejante (así sobre todo Niklas Luhmann), o si ese proceso tiene un fundamento material, "ontológico" (lo que no es lo mismo que "ontológico substancial"); tal es la idea sostenida aquí[4].

Aun cuando no se piense en la categoría del esquema sujeto-objeto, según la cual el "qué" y el "cómo" del problema de la justicia han de separarse nítidamente, tendrán que configurarse puntos esenciales. En este libro se trata con predominio del "qué". Pero que nosotros no podemos poner entre paréntesis el "cómo" se señala no sólo de la inclusión de un capítulo sobre metodología y conocimiento jurídico: del mismo modo se manifiesta abiertamente en numerosas partes de la obra.

---

3 Así, por ejemplo, de una parte K. Larenz. *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979; de otra parte, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991.

4 Ver A. Kaufmann. *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1989; R. Alexy. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *RTh*, Suplemento II (1981), pp. 177 y ss.; R. Hoffmann. *Verfahrensgerechtigkeit*; *Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit*, 1992.

Y para terminar, también la filosofía del derecho, si no quiere ser simplemente especulativa, tiene que apoyarse en la *experiencia*; igualmente en ella tienen que estudiarse y discutirse los problemas en el "caso". Pero el caso de la filosofía del derecho es su entrada en la historia. Nos ocuparemos por consiguiente en el capítulo III de *la historia problemática de la filosofía del derecho*, no por interés histórico sino para recoger experiencias en el campo iusfilosófico.

CAPÍTULO SEGUNDO

Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica

I. literatura

Adomeit, K. *Rechtstheorie für Studenten*, 3ª ed., 1990; Beling, E. *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung*, 1922; Diederichsen, U./R. Dreier (Eds.). *Das mißglückte Gesetz* (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philosophisch-historische Klasse III/223), 1997; Dreier, R. *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, 1975; del mismo, *Recht-Moral-Ideologie; Studien zur Rechtstheorie*, 1981; del mismo, *Recht-Staat-Vernunft; Studien zur Rechtstheorie 2,* 1991; Dubischar, R. *Einführung in die Rechtstheorie*, 1983; Engisch, K. *Beiträge zur Rechtstheorie*, 1984; Gagnér, S. *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960; Grimm, D./W. Maihofer (Ed.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (*JbRSozuRTh* 13), 1988; Jahr, G./W. Maihofer (Ed.). *Rechtstheorie*, 1971; Heidemann, C. "Hans Kelsens Theorie normativer Erkenntnis", en Annette Brockmöller y otros (Eds.). *Ethische und strukturelle Herausforderungen des Rechts* (*ARSP*-Beiheft 66), 1997; Kaufmann, A. (Ed.). *Rechtstheorie*, 1971; Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*, 1934; 2ª ed., 1960 (reimpr. 1976); Klenner, H. *Rechtsleere; Verurteilung der Reinen Rechtslehre*, 1972; Koller, P. *Theorie des Rechts; Eine Einführung*, 2ª ed., 1997; Krawietz, W. *Das positive Recht und seine Funktionen; Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, 1967; Krawietz, W./ H. Schelsky (Eds.). "Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen", en *RTh*-Beiheft 5, 1984; Ladeur, K. H. *Posmoderne Rechtstheorie; Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung*, 1992; Lampe, E. J. *Genetische Rechtstheorie*, 1987; Losano, M. G. *Forma e realtà in Kelsen*, 1981; Maihofer, W. "Rechtstheorie als Basisdisziplin der Jurisprudenz", en *JbRSozuRTh* 2, 1972, pp. 51 ss.; Megel, H. J. *Gesetzgebung und Verfahren; Ein Beitrag zur Empirie und Theorie des Gesetzgebungsprozesses im föderalen Verfassungsstaat*, 1997; Mollnau, K. A. (Ed.). *Rechtswissenschaft als Gesellschaftswissenschaft*, 1983; Noll, P. *Gesetzgebungslehre*, 1972; Opalek, K. *Theorie der Direktiven und der Normen*, 1986; Paulson, St. (Ed.). *Critical perspectives on Kelsenian themes*, 1997; Pavčnik, M. "An den Grenzen der Reinen Rechtslehre", en *ARSP* 81 (1995), pp. 26 ss.; Pawlik, M. *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts*, 1993; del mismo, "Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre; Zur Legitimation des Grundgesetzes bei Hans Kelsen", en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuG*, Vol. 4), 1996, pp. 167 ss.; Preiss, W. *Hans Kelsens Kritik am Naturrecht; Die Naturrechtslehre, eine vergebliche Suche nach absoluter Gerechtigkeit*, 1993; Robles, G. *Introducción a la Teoría del Derecho*, 1988; Rödig, J. (Ed.). *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976; Roellecke, G. (Ed.). *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, 1988; Rottleuthner, H. *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 1981; Schild, W. *Die Reinen Rechtslehren; Gedanken zu Hans Kelsen und Robert Walter*, 1975; Schneider, H. *Gesetzgebung*, 2ª ed., 1991; Schreckenberger, W. *Rhetorische Semiotik*, 1978; del mismo (Ed.). *Gesetzgebungslehre*, 1986; Voß, Monika (ahora: Pasetti Bombardella, Monika). *Symbolische Gesetzgebung*, 1989; Walter, R. *Kelsen. La Teoría pura del Derecho y el problema de la justicia*, 1997; Weinberger, O. *Norm und Institution; Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, 1988; Winkler, G./B. Schilcher (Eds.). *Gesetzgebung*, 1981; Winkler, G. *Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre; Theoretische und geistesgeschichtliche Überlegungen zum Dilemma von Sein und Sollen in Hans Kelsens Rechtstheorie*, 1988.

II. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA

Dogmática es, según Kant, "el procedimiento dogmático de la razón pura, *sin previa crítica de su propia capacidad*"[1]. El dogmático parte de presupuestos que toma sin examen como verdaderos, él piensa *ex datis*. El dogmático del derecho no pregunta qué es "en general" derecho y si, bajo cuáles circunstancias, en qué proporción y de qué manera hay "en substancia" conocimiento jurídico. Esto no significa necesariamente que el dogmático del derecho se conduzca sin crítica; pero también allí donde actúa críticamente, por acaso en el examen de una norma legal (cuando, por ejemplo, el Tribunal Federal Constitucional controla rigurosamente la constitucionalidad de disposiciones coactivas), argumenta el dogmático siempre intrasistemáticamente (para decirlo otra vez). El sistema vigente permanece intocado (tampoco el Tribunal Constitucional decide nunca según "derecho suprapositivo", pues si en general existe uno semejante se encuentra fuera del orden jurídico). En el marco de la dogmática jurídica esa postura es completamente legítima; ella comienza a ser, empero, peligrosa cuando rechaza la manera de pensar no dogmática de la filosofía del derecho orientada transistemáticamente y la califica de innecesaria, "puramente teorética" o sencillamente anticientífica e irracional.

De otra parte, la filosofía y la filosofía del derecho no pueden aparecer como más "importantes" que las ciencias particulares ("ciencias particulares" porque nunca se orientan hacia la totalidad del ser, sino sólo a un ámbito parcial, pudiendo ser ese ámbito también de una gran extensión, como, por ejemplo, el de la ciencia del derecho, el derecho). Es cierto que la filosofía "básicamente" procede como las ciencias particulares, sólo que ella se ocupa en esencia de los problemas fundamentales. Pero de esto no debe seguirse que en la filosofía se tocan cosas más "importantes" que en las ciencias dogmáticas particulares. Así, por ejemplo, la administración de justicia con entera seguridad no es menos importante que la investigación iusfilosófica según criterios del derecho justo. Filosofía y dogmática no están

---

1 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, B XXXV.

en relación de "más o menos", "más o menos importante", sino en relación de ser distintas. Por eso ninguna puede sustituir a la otra.

III. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO

La expresión "teoría del derecho" es de vieja data, pero su utilización para una disciplina especial de la ciencia jurídica no tiene más de cuatro décadas. Sin embargo, la materia teoría del derecho tampoco es tan nueva, pues lo que en el siglo XIX y comienzos del XX se ofrecía con la etiqueta de "doctrina general del derecho" no es en verdad completamente lo mismo, pero sí bastante semejante a la actual teoría del derecho (en el capítulo VII presentaremos algunos aspectos de la "doctrina general del derecho"). La diferencia de la filosofía del derecho y la teoría del derecho es, por lo demás, muy imprecisa. Que, como ya se ha enunciado, la filosofía del derecho sea más de contenido, la teoría del derecho orientada más formalísticamente, es cierto *cum grano salis*, pero como no hay materia sin forma ni forma sin materia, es imposible alcanzar una delimitación exacta. La filosofía del derecho tiene en común con la teoría del derecho que ella no se limita al derecho vigente (así mismo procede por principio transistemáticamente), sino que también, aun cuando a menudo en forma indirecta, apunta al "derecho justo", y tampoco se ocupa, como la sociología del derecho, de los hechos jurídicos. En principio se diferencia la teoría del derecho de la filosofía del derecho sólo por un motivo: se trata para ella de la "emancipación" de la filosofía; el jurista quiere responder los problemas filosóficos del derecho en una escena propia, como una especie de "filosofía jurídica" (Roellecke). Este es un proceso que con frecuencia se ha descrito: la "emigración" de las ciencias de la filosofía[2], el "fin de la filosofía"[3], la filosofía del derecho como simple "disciplina residual"[4].

---

2 H. Ryffel. *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, 1969, pp. 5, 19, 32 y ss.
3 M. Heidegger. *Zur Sache des Denkens*, 1969, pp. 61 y ss.
4 Ver A. Kaufmann. *Wozu Rechtsphilosophie heute*?, 1971, pp. 17 y ss.

Pero naturalmente tampoco surge de ese aspecto ningún criterio nítido de delimitación entre filosofía del derecho y teoría del derecho. En principio sólo se puede enumerar casuísticamente lo que hoy se discute bajo la designación de "teoría del derecho", así: teoría de las normas, teoría pura del derecho, teoría de la decisión, teoría científica del derecho, teoría de sistemas, teoría jurídica analítica, teoría jurídica marxista, teoría del lenguaje jurídico, teoría de la argumentación, teoría legislativa, teoría jurídica semántica, retórica jurídica... Sin embargo, muchas de esas esferas son tratadas, como antes, en el marco de la filosofía del derecho.

Puesto que aquí no proseguiremos expresamente las reflexiones teoréticas, a continuación quiero tocar, a título de ejemplo, dos esferas de la teoría del derecho que tienen hoy una importancia central y en las que se puede estudiar bien el pensamiento jurídico-teórico: la teoría pura del derecho y la teoría de la legislación. Esto es, desde luego, contrario al sistema en el marco de un concepto general, pero se puede aceptar por motivos didácticos. Además, así conocerá el lector dos importantes esferas jurídicas para las cuales más tarde no habría mucho campo.

1. *La teoría pura del derecho*

El positivismo jurídico empírico desarrollado en la segunda mitad del siglo XIX (todo positivismo quiere limitarse a lo "positivamente dado" y sobre todo desterrar la metafísica) entiende el derecho como un hecho de la realidad sensible, o bien como un hecho del mundo interior (positivismo jurídico sicológico; Ernst Rudolf Bierling), o como un hecho del mundo exterior (positivismo jurídico sociológico; Rudolf v. Jhering y en su período tardío Max Weber). Este positivismo jurídico empírico se considera como la verdadera "ciencia" del derecho, y precisamente porque procede empíricamente; es decir, a la manera de la ciencia natural. En cambio, en la jurisprudencia dogmática no se trata de ciencia, porque ella procede normativamente (valorando), sino de política (postulado de la libertad valorativa de las ciencias).

Desde una dirección completamente contrapuesta Hans Kelsen (1881-1973), uno de los más notables filósofos del derecho de nuestro siglo, fundador de la "Teoría Pura del Derecho", pero también destacado lógico

de las normas (ver su obra póstuma *Teoría General de las Normas*, 1980), llegó al mismo resultado, o sea, que la dogmática jurídica no es una ciencia sino que pertenece a la política.

Kelsen proviene del círculo neopositivista de Viena o positivismo lógico de Rudolf Carnap. Conforme a esa orientación filosófica sólo es racional y comprensible lo que pueda "verificarse" lógicamente (esta idea se encuentra hoy sobre todo en la filosofía analítica). Proposiciones de tipo metafísico, en especial aquellas sobre contenidos de valores y normas, carecen por ello de sentido. Las valoraciones son percibidas sólo como expresión de sentimientos.

La teoría pura del derecho es la más importante expresión del positivismo jurídico normativista o lógico-normativo. Kelsen la ha calificado como "la" teoría del positivismo jurídico[5]. Y esto con fundamento. El positivismo jurídico sicológico y sociológico no es apreciado por Kelsen en absoluto como ciencia, puesto que sólo se ocupa de hechos. La ciencia del derecho tiene que ver con el deber ser (*Sollen*), con normas; ella no es una ciencia natural. Como neokantiano diferencia Kelsen con rigor entre ser y deber ser ("dualismo metodológico") y, conforme a eso, entre un punto de vista descriptivo (explicativo) y uno prescriptivo (normativo). En la *Teoría pura del derecho* (1ª ed., 1934; 2ª ed., 1960; reimpresión, 1976) se trata sólo del último. Pero como teoría positiva sólo puede tener ella como objeto las estructuras *formales* (lógicas) de las normas jurídicas, no sus contenidos; pues éstos son (según Kant) inaccesibles al conocimiento científico. Para Kelsen la justicia es sólo "un bello sueño de la humanidad", no sabemos lo que es y jamás lo sabremos[6] (relativismo teórico-valorativo).

La teoría pura del derecho tiene que ver con el deber ser (*Sollen*), y por cierto el "puro" deber ser jurídico, que no es un valor ético sino sólo una estructura lógica. El postulado más elevado es, en consecuencia, la "pureza metodológica". Así se afirma en el mismo comienzo de la *Teoría pura del derecho*: "Al caracterizarse como una doctrina, pura, del derecho, lo hace

5 Hans Kelsen. "Was ist die Reine Rechtslehre?", en *Festschrift für Z. Giacometti*, 1953, p. 153; la literatura sobre Kelsen y la *Teoría pura del derecho* es ya inabarcable. Sobre una interesante variante ver recientemente Michael Pawlik, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts; Ein Kritischer Vergleich*, 1993.

6 H. Kelsen. *Was ist Gerechtigkeit*?, 1953, especialmente p. 43.

porque ella quiere asegurar sólo un conocimiento orientado hacia el derecho y porque desearía excluir de ese conocimiento todo lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como derecho. Esto es, ella quiere liberar a la ciencia del derecho de todos los elementos que le son extraños". Kelsen menciona en especial la psicología, la sociología, la ética y la teoría política[7]. Se tiene, para hacer justicia a Kelsen, que pensar en el *ethos* científico que se encuentra en el fondo de su, en apariencia, indiferente doctrina. El quiere proteger a la ciencia del derecho de ser profanada como "propaganda de valores absolutos" (Max Weber), como pretexto de opiniones políticas e ideológicas. Pero con extrema injusticia, la propia teoría pura del derecho fue luego aprovechada de esa misma manera.

Kelsen fundamentó su teoría del deber ser en diferentes y múltiples formas. Esto no se puede presentar aquí en detalle. Se informará sólo de lo más importante. Características de la concepción inicial son quizás las siguientes frases de la primera edición: "Si se dice: cuando acontece lo llamado antijurídico 'debe' acontecer la consecuencia jurídica, este 'deber ser' –como categoría del derecho– sólo significa el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica. Esta categoría del derecho tiene un carácter puramente formal, y por ello se diferencia principalmente de una idea trascendente del derecho. Permanece aplicable cualquiera sea el contenido que tengan los hechos así enlazados, de cualquier modo que fueran los actos a concebirse como derecho [...] Para ella [la teoría pura del derecho], la consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición es el acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa, y solamente por eso la situación de hecho condicionante es calificada como lo antijurídico, y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico. No es ninguna cualidad inmanente ni tampoco ninguna referencia a una norma metajurídica, a un valor moral, es decir, trascendente al derecho positivo, lo que hace que una determinada conducta humana haya de valer como antijurídica, como delito en el más lato sentido del vocablo, sino única y exclusivamente el que esté puesta en la proposición jurídica como

7 H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 1 (aquí se menciona también la biología); 2ª ed., 1960 (reimpr. 1976), p. 1.

condición de una consecuencia específica, el hecho de que el orden jurídico positivo reaccione contra esta conducta con un acto coactivo"[8]. No debe pasarse por alto que aquí el deber ser se atribuye, contrariando el método, a algo fáctico, a la coacción estatal. Y más adelante es claro que ese deber ser "puro" no tiene ninguna clase de contenido y en consecuencia puede aceptar cualquier contenido. Kelsen es consciente de esta consecuencia: "Una norma puede también tener un contenido absurdo"[9]. Igualmente en la segunda edición se reitera: "Cualquier contenido puede ser derecho"[10]. La calificación irónica de la teoría de Kelsen como "doctrina vacía" (*Rechtsleere*), hecha por Hermann Klenner, no puede considerarse tan injustificada.

Más tarde Kelsen modificó su doctrina de la validez de las normas jurídicas[11]. El ve en la proposición jurídica un juicio hipotético, una conexión consecutiva fundamental, que caracteriza como imputación. Según esto la proposición jurídica es un enunciado sobre una conducta futura de los órganos estatales, que dice que cuando alguien se comporta de acuerdo con el supuesto de hecho de la norma, un determinado órgano estatal aplicará contra él ésta o aquella sanción. ¿Pero hasta dónde puede un enunciado tal ser más que una simple expectativa, o sea fundamentar un deber ser genuino? Esto sería sólo posible mediante una segunda proposición jurídica en la que el propio órgano estatal sea "obligado" por la perspectiva de una sanción, en el caso de que la sanción que ha de infligir no se imponga. Pero, como puede verse fácilmente, de esa manera la obligación jurídica tendría que resolver en un regreso infinito tales actos coactivos condicionados. Como, sin embargo, la serie de órganos de control no puede proseguir ilimitadamente, se ve Kelsen obligado a postular una *norma fundamental* como hipótesis de un orden razonable y libre de contradicciones, de la cual él dice que vale *como una norma del derecho natural*[12]. Textualmente: "Con el

---

8 H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, pp. 24 y ss.

9 *Ibid.*, p. 104.

10 H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960 (reimpr. 1976), pp. 201 y ss.

11 *Ibid.*, pp. 9 y ss.

12 H. Kelsen. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, p. 20.

postulado de un orden razonable, es decir, no contradictorio, sobrepasa ya la ciencia jurídica los límites del puro positivismo. Pero la renuncia a ese postulado sería al mismo tiempo su autodisolución". Se trata del *mínimo de metafísica* (derecho natural), sin el cual "no es posible un conocimiento del derecho"[13]. Finalmente, es entonces el deber ser (*Sollen*) en Kelsen una categoría *ética*.

2. *Teoría de la legislación*

La teoría de la legislación como ciencia es de fecha reciente. Sin embargo, ha tenido una larga serie de protagonistas: Charles de Montesquieu, Caietan, Filangieri, Jeremy Bentham, Adolf Wach, Francois Geny, Ernst Zitelmann, Ernst Beling, Hugo Sinzheimer y algunos otros. Pero la apertura se produjo apenas después de la Segunda Guerra Mundial, básicamente por las investigaciones de Peter Noll, luego que Sten Gagnér había puesto los fundamentos jurídico-teóricos.

Para ese asunto hay explicaciones. Bajo el dominio del derecho natural no se requería una doctrina especial de la legislación. El derecho positivo (*lex* humana) se deducía del derecho natural (*lex naturalis*) mediante inferencias puramente lógicas (en todo caso se creía que había de procederse así). En la escolástica de Tomás de Aquino, por ejemplo, ese método es elaborado meticulosamente y en efecto se diferencian dos actos de conclusión: la deducción *per modum conclusionis* (por ejemplo, resultan del principio *neminem laede* la mayor parte de las acciones prohibidas por el derecho penal) y la determinación próxima, es decir, la deducción *per modum determinationis* (por ejemplo, la norma del derecho natural "los delitos deben ser castigados" se concreta mediante la ley positiva con respecto a la clase de pena conminatoria)[14]. No muy diferente fue ese punto en el derecho natural iluminista del racionalismo que se basa en la convicción de que se puede alcanzar el contenido del derecho por pura deducción de la "naturaleza" del hombre.

---

13 H. Kelsen (nota 12), p. 66.
14 Tomás de Aquino. *Summa Theologica*, I, II, 95, 2.

Bajo el dominio del positivismo jurídico, tanto del empírico como el lógico-normativo, la legislación no se estimaba como objeto de la ciencia, sino de la política. En la teoría pura del derecho, como atrás se ha visto, esa concepción se expresa de manera especialmente aguda. Desde ese punto de partida se podían en todo caso describir algunas técnicas de la legislación, pero, por el contrario, una doctrina científica de los métodos de la legislación estaba *per definitionem* excluida[15]. Las metodologías jurídicas corrientes se ocupan hasta hoy sólo de la obtención del derecho concreto de la ley, pero no de los procedimientos legislativos.

Entre tanto, se ha reconocido ampliamente que las épocas del derecho natural y también del positivismo han llegado a su fin. Nos encontramos "más allá del derecho natural y del positivismo" (sobre esto ampliaremos más adelante). Ello ha conducido, sobre todo en la esfera de la metodología, a cambios en extremo considerables. La idea de que la aplicación del derecho no sería nada distinto a una "subsunción" del caso bajo la ley no es sostenida hoy por casi ningún teórico serio de la doctrina del método. Pero el conocimiento de que la llamada aplicación del derecho plantea un procedimiento mucho más complejo que el de un simple silogismo lógico, según el *modus barbara*[16] (sobre las particularidades de este procedimiento no existe en verdad todavía consenso), ha hecho reflexionar sobre la posibilidad de que también el procedimiento legislativo ostente una estructura comparable. Así también Werner Maihofer habla de "que en casi todas las cuestiones y

---

15 Ver Peter Noll. *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 9 y ss.

16 El silogismo lógico –usualmente de dos premisas se deduce una conclusión– se caracteriza con marcas de nombres que siempre tienen tres sílabas, a cuyas vocales recurre. En esto significa la vocal "a": "Todos son", la vocal "e": "Todos no son"; la vocal "i": "Algunos son" y la vocal "o": "Algunos no son".
El *modus barbara* tiene entonces la forma:

Todos los M son P
Todos los S son M
Todos los S son P

O: todos los casos de asesinato se sancionarán con reclusión perpetua.
El acusado ha cometido el asesinato
El acusado será sancionado con reclusión perpetua (más detalles capítulo VI, III, 1).

procedimientos de la técnica de la legislación se trata de una especie de 'subsunción inversa'"[17].

Como se expondrá en detalle más adelante, la aplicación del derecho es, en todo caso según mi opinión (que no es exclusivamente mía), *un procedimiento analógico*, en el que la ley (deber ser) y el caso (ser) se elaboran interrelacionados de tal manera uno con otro que de la ley abstracta, mediante "interpretación" (en el caso), resulta un "tipo legal" (*Tatbestand*) concretizado, y del caso individual (amorfo), mediante "construcción" (en la ley), una situación fáctica tipificada (*Sachverhalt*); el *tertium comparationis* es el "sentido" (*ratio iuris*), en el que el tipo legal y la situación fáctica se "corresponden" (cuando no se corresponden, no puede aplicarse la norma jurídica). De la misma manera –o si se quiere, en "inversión" de este procedimiento– se puede también concebir la legislación. La idea de derecho (deber ser) y los principios que de ella emanan (por ejemplo, *suum cuique tribuere*, *neminem laede*, *pacta sunt servanda*, la regla de oro, el imperativo categórico, el principio de equidad, el principio de responsabilidad, el mandamiento de tolerancia...) y las situaciones fácticas vitales (ser) intelectualmente anticipadas por el legislador para su posible regulación, tienen que elaborarse conjuntamente en un proceso interrelacionado, de tal manera que se "correspondan" recíprocamente. Esto significa: la idea de derecho, de una parte, tiene que abrirse a la situación fáctica vital, tiene que materializarse, concretarse, hacerse positiva, a fin de que pueda resultar una formación conceptual; de otro lado, las situaciones fácticas vitales propuestas tienen que construirse y agruparse de manera típica-ideal con respecto a la idea de derecho. El legislador reúne un grupo de situaciones fácticas vitales que, desde un punto de vista contemplado como "esencial" (por ejemplo, unos intereses específicos o la lesión contra determinado bien jurídico), se evidencian "semejantes" para la formulación conceptual de una norma jurídica, y por eso ordena una consecuencia jurídica. Lo que en la norma jurídica se *equipara* entre uno y otro, para realizar el principio de igualdad

---

17 W. Maihofer. "Gesetzgebungswissenschaft", en G. Winkler/B. Schilcher (Eds.). *Gesetzgebung*, 1981, p. 25; sobre teoría de la legislación más recientemente también H. Eidenmüller. *Effizienz als Rechtsprinzip; Möglichkeiten und Grezen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1995, especialmente pp. 443 y ss.

("teoría de la equiparación"; K. Engisch, A. Kaufmann), en la realidad no es, sin embargo, nunca igual: ningún robo es exactamente igual a cualquier otro, ningún hombre coincide ordinariamente con otro hombre en su efectiva capacidad de obrar o en su real imputabilidad, porque todos los seres humanos son distintos en sus conocimientos, capacidades, características naturales, fuerzas intelectuales y volitivas[18].

La teoría de la legislación es una ciencia de verdad multidisciplinaria. Esto y el hecho de que ella se encuentra apenas en una fase de desarrollo inicial explican que todavía no haya un sistema para esta disciplina. De tal manera sólo pueden enumerarse los más importantes temas y problemas que se discuten hoy bajo esta etiqueta. Un papel importante cumple la formulación de la ley, para lo cual se han de llevar a cabo en especial investigaciones teórico-lingüísticas. De conformidad con el método legislativo arriba esbozado, en el que ser y deber ser juegan uno con otro, tienen importancia central los análisis de la realidad y la orientación valorativa. Naturalmente se ocupa también de las cuestiones de técnica legislativa, por ejemplo, de los problemas de remisiones, recepciones y derogaciones. Otros esfuerzos se dirigen a la posibilidad de abarcar el orden jurídico, en lo cual tiene posición eminente su depuración general, con el fin de contener la avalancha de leyes. Otros proyectos, en cambio, buscan la racionalización del plan legislativo y con ello sobre todo el diseño de objetivos. Se podría continuar la enumeración: la relación de la legislación con la jurisprudencia y la política, la crítica de los proyectos legales, los controles posteriores, la sistemática legislativa, la legislación simbólica...

---

18 Más en detalle sobre esto A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, especialmente pp. 42 y ss.

CAPÍTULO TERCERO

Derecho natural y positivismo. Problema histórico de la filosofía del derecho

I. LITERATURA

Alwart, H. *Recht und Handlung; Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu der analytischen Hermeneutik des Rechts*, 1987; Baratta, A. "Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus; Gedanken zu einer naturrechtlichen 'Apologie des Rechtspositivismus'", en *ARSP* 54 (1968), pp. 325 ss.; Beling, E. "Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück", en *AcP* 13 N. F.; Beyer, W. R. *Rechtsphilosophische Besinnung; Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts*, 1947; Blühdorn, J./J. Ritter (Eds.). *Positivismus im 19. Jahrhundert*, 1971; de los mismos (Eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1969; Böckle, F./E. W. Böckenförde. *Naturrecht in der Kritik*, 1973; Covell, Ch. *The Defence of Natural law*, 1992; Dreier, R. (Ed.). "Rechts-positivismus und Wertbezug des Retchts"; en *ARSP*-Beiheft 37, 1990; del mismo, "Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?", en *RTh* 18 (1978), pp. 368 ss.; Emge, C. A. *Geschichte der Rechtsphilosophie*, 1931 (reimpr. 1967); Fikentscher, W. *Methoden der Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol. 1: *Frühe und religiöse Rechte; Romanischer Rechtskreis*, 1975; Vol. 2: *Anglo-amerikannischer Rechtskreis*, 1975; Vol. 3: *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, 1976; Flückiger, F. *Geschichte des Naturrechts*, Vol. 1: *Altertum und Frühmittelalter*, 1954; Friedrich, C. J. *Die philosophie des Rechts in historischer Perspektive*, 1955; George, R. P. *Natural Law Theory*, 1992; Heimbach-Steins, M. (Ed.). *Naturrecht im ethischen Diskurs*, 1990; Henrich, D./R. P. Horstmann (Eds.). *Hegels philosophie des Rechts*, 1982; Hervada, J. *Natural Right and Natural Law*, 1987; Hoerster, N. *Verteidigung des Rechtspositivismus*, 1989; Höffe, O. *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1990; del mismo, *Naturrecht ohne naturalistischen Fehlschluss*, 1980; Hösle, V. *Die Rechtsphilosophie des Deutschen Idealismus*, 1989; Kaufmann, A. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957; del mismo, *Theorie der Gerechtigkeit; Problemgeschichtliche Betrachtungen*, 1984; del mismo, "Die Entwicklung der Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert", en L. E. Kotsiris (Ed.). *Law at the Turn of the 20th Century*, 1994, pp. 25 ss.; Kaufmann, A./W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 194 (allí pp. 30 ss.: A. Kaufmann. "Problemgeschichte der Rechtsphilosophie"; pp. 179 ss.: Ellscheid, G. "Das Naturrechtsproblem; Eine systematische Orientierung"); Klenner, H. *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, 1984; del mismo, *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*, 1991; del mismo (Ed.), Immanuel Kant. *Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, 1988; del mismo (Ed.), *Rechtsphilosophie bei Rotteck/Welcker*; Texte aus dem Staats-Lexikon, 1834-1847, 1994; Klippel, D. (Ed.). *Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*; Kontinuität-Inhalt-Funktion-Wirkung, 1997; Krawietz, W. "Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?", en *RTh* 18 (1987), pp. 209 ss.; Kube, V. "Naturrecht als objektiver Rechtsgeist", en *RTh* 21 (1990), pp. 21 ss.; Lampe, E. J. *Grezen des Rechtspositivismus*, 1988; Larenz, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991 (pp. 9 a 185: Historisch-Kritischer Teil); Llompart, J. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, 1976; MacCormick, N./O. Weinberger. *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus* (del inglés), 1985; Maihofer, W. (Ed.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* 3ª ed., 1881; del mismo, *Naturrecht als Existenzrecht*, 1963; Marcic, R. *Geschichte der Rechtsphilosophie*, 1971; Marcic, R./I. Tammelo. *Naturrecht und Gerechtigkeit; Eine Einführung in die Grundprobleme*, 1989; Marino, G. *Positivismo e Giurisprudenza*, 1986; Messner, J. *Das Naturrecht*, 7ª ed., 1984; Neumann, U. "Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945", en Simon, D. (Ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik; Studien zur Wissenschafts-geschichte der Jurisprudenz*, 1994, pp. 135 ss.; del mismo, *Naturrecht und Politik zwischen 1900 und 1945*; "Naturrecht, Rechtspositivismus und Politik bei Gustav Radbruch", en Karl Graf Bellestrem (Ed.). *Naturrecht und Politik*;

Philosophische Schriften, Vol. 8, 1993, pp. 71 ss.; Ott, W. *Der Rechtspositivismus*, 2ª ed., 1992; Pavcnik, M. "Abuse of a Right; A Contribution to Understanding a Right and in Nature", en R. Martin/G. Sprenger (Eds.). *Rights*, *ARSP*-Beiheft 67, 1997, pp. 64 ss. (Vol. I); Pöggeler, O. "Vom Naturrecht zum Positivismus", en *JA* 1997, pp. 339 ss.; Rommen, H. *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2ª ed., 1947; Sancho Izquierdo, M./J. Hervada. *Compendio de Derecho Natural*, Parte general, 2 Vols., 1980, 1981; Schneider, H. P. *Justitia universalis: Quellenstudien zur Geschichte des christlichen Naturrechts bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, 1967; Strauss, L. *Naturrecht und Geschichte* (del inglés). 1956; Strömholm, S. *Kurze Geschichte der abendländischen Rechtsphilosophie* (del inglés), 1992; Utz, A. F. "Die Grundpositionen der Naturrechtstheorien; Die Erwartungen, die an eine Naturrechtslehre gestellt werden müssen", en *ARSP* 83 (1997), pp. 307 ss.; Verdross, A. *Abendländische Rechtsphilosophie; Ihre Grundlangen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, 2ª ed., 1963; Villey, M. *Cours d'histoire de la Philosophie du Droit*, 1962; del mismo, *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit*, 2ª ed., 1962; Welzel, H. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962 (reimpr. 1980); Wesel, U. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, 1985; del mismo, *Geschichte des Rechts; Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, 1997; Wieacker, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., reimpr. (de la 2ª ed., de 1967), 1996; Wolf, E. *Griechisches Rechtsdenken*, 4 Vols. (Vols. 3 y 4 en dos tomos), pp. 1950 ss.; del mismo, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3ª ed., 1964; del mismo, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4ª ed., 1963; Zippelius, R. *Geschichte der Staatsideen*, 6ª ed., 1989. Ver también literatura del capítulo IV.

II. ¿POR QUÉ DISCUTIR PROBLEMAS HISTÓRICOS?

Es posible que algunos lectores se planteen esa pregunta. Manifiestamente no se trata para nosotros, en el marco de este libro, de un interés histórico sino de la comprensión de la actual filosofía del derecho. ¿Por qué, en suma, debemos ocuparnos de los "antiguos griegos", de los "antiguos romanos", de los iusnaturalistas racionalistas, de Kant, Hegel, etc.? Para esto hay respuestas.

Ya en el primer capítulo se dijo que la filosofía del derecho, al igual que otras ciencias, tiene que apoyarse en la *experiencia*; también ella tiene, para decirlo de algún modo, que operar "experimentalmente", como lo expresa Reinhold Zippelius[1], también en ella tienen que estudiarse y discutirse los problemas en el "caso". *Pero*, *reiteramos*, *el caso de la filosofía del derecho es su entrada en la historia*.

---

1 R. Zippelius. "Die experimentierende Methode im Recht", en *Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*, Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, año 1991. Ver además K. Lüderssen. *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1972; G. Winkler. *Rechtswissenschaft und Rechtserfahrung*, 1994.

A eso hay que añadir además algo que ya fue indicado en la introducción (III). Mientras las obras de dogmática jurídica, que se ocupan del derecho válido, suelen envejecer en corto tiempo (pues el derecho cambia continuamente) la literatura filosófica permanece actual durante siglos, y aun milenios. En la filosofía se trata, como se recuerda, de problemas de principio: ¿qué es "en substancia" derecho?; ¿por qué tenemos "en general" que sancionar? Entonces no es que estos problemas pudieran inscribirse más allá de toda historia ni tampoco, en absoluto, las respuestas a ellos. Pero cuando menos hay interrogantes que surgen en toda las épocas y en todas las culturas jurídicas, así ellos puedan ser respondidos de varias formas. El más importante de esos interrogantes es si el hombre puede disponer libremente sobre el derecho o si en la creación del derecho se le imponen límites. Hemos usado de antiguo para la primera concepción el calificativo de "positivismo jurídico"; para la segunda, el de "derecho natural". Sin embargo, esas corrientes han recibido nombres muy distintos en las diferentes épocas (de "positivismo" se habló por primera vez en la edad moderna).

Esto lleva a una tercera reflexión. *La filosofía del derecho comparativa* se esfuerza en descubrir principios jurídicos universales que hayan valido en todo los pueblos y épocas y que aún hoy valgan. Durante mucho tiempo se vio esa "universalidad" en el derecho natural. Luego de superado el tiempo del derecho natural, se intentó buscar fundamentos generales del derecho, *general principles of law*, para lo cual actualmente se difunden iniciativas semejantes, sobre todo en la esfera angloamericana[2]. Si alguna vez se logra elaborar una tal filosofía del derecho, comparativa y englobadora, se habrá coronado un buen trecho de la *historia universal del derecho*, con la cual ya han soñado algunos hombres de ciencia, como Paul Johann Anselm v. Feuerbach, quien inició y trabajó intensa y efectivamente en una obra de esta clase, pero que dejó incompleta[3]. Hoy nos encontramos todavía muy lejos de una historia comparativa del derecho.

---

2 La discusión sobre "reglas jurídicas" y "principios jurídicos" está actualmente muy de moda. Sobre ella se dirá algo más en los capítulos IV y V, y se dará literatura.

3 Sobre eso G. Radbruch. *Paul Johann Anselm von Feuerbach. Ein Juristenleben*, 3ª ed., 1969, pp. 190 y ss. = GRGA, T. 6, *Feuerbach*, 1997. También importante E. Gans. *Naturrecht un Universalrechtsgeschichte*, editado por M. Riedel, 1981. Sobre el tema

III. COMPENDIO HISTÓRICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO OCCIDENTAL

1. *Del mito al logos*

En la época arcaica precientífica (antes del siglo VII a. C.) no se preguntó el hombre acerca de las legalidades del acontecer. En consecuencia, se sentía desamparado, a merced de todos los acontecimientos. Su manera de ser estaba determinada por el sometimiento a los poderes oscuros, la ἀμηχανία, y una imagen del mundo enteramente mitológica. La *ciencia* comenzó con el momento en que se descubrieron legalidades en los sucesos del mundo, ella se inicia con el paso del mito al logos. Y si hay leyes de la naturaleza física, ¿no debe haber también de la naturaleza metafísica? ¿No deberán determinarse también las costumbres y el derecho mediante la "naturaleza"? Es la pregunta acerca de una "indisponibilidad" en el derecho, que hasta el día de hoy se encuentra en el centro de todos los problemas iusfilosóficos. Por largo tiempo se creyó que ese indisponible podía encontrarse en la naturaleza, aun cuando lo que se ha entendido como "naturaleza" (se le da también a menudo otros nombres: logos, idea, esencia...) ha sido muy distinto según la época y el lugar[4].

2. *La filosofía del derecho de la antigüedad*

Lo anterior explica que a través de muchos siglos la historia de la filosofía del derecho fuera en general idéntica con la historia de la *doctrina del derecho*

---

ver igualmente A. Kaufmann, "Filosofía del derecho comparada; como ejemplo la cultura jurídica clásica china y la clásica occidental", en *Festschrift für Werner Lorenz*, 1991, pp. 635 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 435 y ss.

4 Más detallado sobre esto, A. Kaufmann, "Kann die Natur Norm menschlichen Verhaltens sein?; Zum Naturbegriff in Recht und Philosophie, en W. Böhme (Ed.). *Was ist das: die Natur?; Über einen schwierigen Begriff* (Herrenalber Texte 77), 1987, pp. 33 y ss.; también, del mismo, en *Über Gerechtigkeit* (nota 3), pp. 209 y ss. ("Die 'Natur' in rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Argumentationen"). Interesante desde otro punto de vista F. Böckle. *Der umstrittene Naturbegriff; Person, Natur, Sexualität in der kirchlichen Morallehre*, 1987.

natural. Desde los presocráticos se buscó lo "correcto", lo "justo" en la "naturaleza", en lo cual ciertamente, ya se anotó, se sostuvieron las más diferentes ideas sobre lo que es esa "naturaleza" orientadora y determinante. Hasta Kant (y aún más allá) es entendida sobre todo la "naturaleza" ontológico-substancialmente (con muchas diferencias en particular); sin embargo, ya en Plotino se encuentra un concepto procesal de naturaleza, que más tarde repite Schelling.

Entre los presocráticos fue Heráclito (apróximadamente 500 a. C.), quien contrapuso a la imagen estática, objetivista del mundo de la primera doctrina occidental del derecho (por ejemplo, en Anaximandro, alrededor del 600 a. C.), una imagen dinámica y reconoció el poder dominante de la razón universal, del logos, en todo acontecer: "Todas las leyes humanas se nutren del Uno divino" (Fr. 114, según Diels/Kranz). Por primera vez se diferencia aquí la justicia del precepto humano (δίχαιον νόμῳ) de la justicia natural (δίχαιον φύσει), el derecho positivo del derecho natural, aun cuando esencialmente se concibe todavía como una unidad[5].

Los *sofistas*, que aparecen más o menos un siglo más tarde, enseñaron que no sólo, como en Heráclito, "todo fluye" sino, aún más, que todo también es relativo. No es el logos sino el hombre la medida de todas las cosas y por cierto el hombre en su naturaleza empírica, no como persona moral (Protágoras, alrededor del 485-415 a. C.).

En oposición a esto Aristóteles (384-322 a. C.), en quien alcanzó su punto más alto la *filosofía ática*, funda el concepto de naturaleza de lo ético, mediante lo cual se convirtió en el verdadero fundador de una doctrina idealista del derecho natural (o mejor, moralista). Mientras antes que él Sócrates (469-399 a. C.) creyó encontrar la ley natural en el pecho del hombre, y Platón (427-347 a. C.) en las ideas como lo verdaderamente existente, vio Aristóteles la naturaleza como lo inherente a lo objetivamente dado. Lo conforme a la naturaleza es, según él, la mejor condición de un ente[6].

Por primera vez Aristóteles comprendió la tradicional diferenciación entre justicia natural y legislada, en que ambas también pueden divergir

---

5 Ver también P. D. Moser. *Heraklits Kampf ums Recht: Ein antiker Beitrag zur Rechtsphilosophie*, 1993.

6 Aristóteles. *Política*, 1254 a.

efectivamente, con lo cual reconoció la posibilidad de "injusticia legal"[7]. En el V Libro de la *Etica a Nicómaco* desarrolla Aristóteles su doctrina de la justicia, que aún hoy es básica. Núcleo de la justicia es la igualdad, pero no se trata de la justicia formal o numérica, sino proporcional o geométrica, es decir, en concordancia (analogía), en donde el principio de medida para la relación es la "dignidad"[8]. De Aristóteles proviene también la clasificación de la justicia en conmutativa (*iustitia commutativa*) y distributiva (*iustitia distributiva*)[9].

En los aproximadamente 500 años que siguieron a Aristóteles, la *Stoa* (así llamada por la sala de las columnas *Stoa Poikile* en Atenas) fue la tendencia filosófica dominante (del siglo IV a. C. al siglo II de nuestra era). Ella tendió los puentes no sólo de la filosofía de Atenas a la de Roma sino también de la doctrina del derecho natural antigua a la de la Edad Media. El derecho natural rigió no solamente para los ciudadanos libres de las ciudades-estado sino para *todos los hombres* del mundo hasta entonces conocido, ciudadanos o extranjeros, libres o esclavos. A cada quien ha de darse lo suyo, tiene que corresponderle su derecho. En Cicerón (106-43 a. C.) se encuentra esa exigencia, en sí no nueva (someramente ya en Anaximandro), como encendida consigna: *ius suum cuique tribuere*[10]. Todavía un par de nombres notables entre el gran número de los que se denominaron estoicos: Zenón (su fundador en el siglo IV a. C.), Crisipo (siglo III a. C.), Epicuro (341-271 a. C.), Séneca (1-65), Epicteto (50-138), Marco Aurelio (121-180; emperador desde el 161). Plotino (203-269) con su concepción procesal-subjetivista de la naturaleza no pertenece a la *Stoa*. Su propia escuela no se pudo imponer. Sólo ahora se renueva un cierto interés en Plotino. El medioevo no se enlaza en todo caso con Plotino sino principalmente con la filosofía ática (Sócrates, Platón, Aristóteles) y con la *Stoa*[11].

---

7 Básicamente A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache": Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982.

8 Aristóteles. *Etica a Nicómaco*, 1131 a.

9 *Ibid.*, 1130 y ss. Sobre esto M. Salomon. *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristóteles*, 1937.

10 Cicerón. *De republica* III, 22 (33).

11 Augustinus. *De Civitate Dei* IV, c, 4; Tomás de Aquino. *Summa Theologica* I, II, 95, 2.

3. *La filosofía del derecho medieval*

La filosofía del derecho medieval, marcada por el cristianismo, se caracteriza sobre todo porque busca conciliar la nueva doctrina cristiana con el legado de la antigua filosofía (principalmente Platón y Aristóteles). Así se reemplaza la división en derecho natural y legal (positivo), por la tridivisión en derecho divino (eterno), natural y humano (positivo, temporal). En el apóstol Pablo esto todavía no es claro, pero luego sí, ponderadamente, en Agustín (354-430) y sobre todo en Tomás de Aquino (1225-1274).

Agustín interpreta voluntarísticamente el derecho divino y natural (Platón); Santo Tomás, por el contrario, intelectualísticamente (Aristóteles). Ambos coinciden en que una norma humana que se encuentre en contradicción con el derecho natural o directamente con el divino no posee ninguna validez al ser considerada *lex corrupta*.

El fin de la escolástica, que llegó a su punto más alto con Tomás de Aquino, comenzó con Wilhelm von Ockham (en torno a 1300-1359), después ciertamente de que Johannes Duns Scotus (1255-1308) había ejercido aguda crítica a la filosofía tomista. Según el *nominalismo* sostenido por él, sólo existe lo particular, lo especial, no lo general ("el problema de los universales" movió entonces intensamente los espíritus y todavía hoy los mueve: ¿es lo universal "el derecho" –ya *ante rem* preexistente a lo especial, a la norma legal particular, o es sólo *post rem* conformado por el entendimiento como un simple "nombre" para una multiplicidad de lo particular–, "derecho" como una designación colectiva de las leyes preexistentes?)[12]. Desde el punto de vista del nominalismo no puede darse un derecho natural universal existente en la realidad; lo que éste contiene en normas universales no es dado precedentemente ("indisponible"), sino una generalización realizada por la ciencia, por la filosofía del derecho. El derecho

---

12 Más detalladamente sobre el problema de los universales (para el cual también puede haber una solución intermedia: *universalia in rebus*) A. Kaufmann. *Recht und Sittlichkeit*, 1964, pp. 34 y ss.; del mismo, *Analogie* (nota 7), pp. 55 y ss. Básicamente W. Stegmüller. "Das Universalienproblem einst und jetzt", en *Archiv für Philosophie*, 1956, pp. 192 y ss., 1957, pp. 45 y ss.; del mismo, *Das Universalienproblem*, 1978.

natural es un "producto de la teoría"[13]. Esta idea ha determinado persistentemente la concepción del derecho de los *reformadores*, en especial de Lutero (1483-1546). Según Lutero no hay ningún puente jurídico entre la *lex aeterna* y la *lex humana*; se da sólo la ayuda de Dios mediante su gracia misericordiosa. El *lumen naturale* se ha extinguido.

4. *La filosofía del derecho de la modernidad*

Después de todo, el derecho natural de la época moderna sólo pudo ser un derecho natural secularizado, basado en la máxima de que un derecho también tiene que valer bajo el supuesto de que Dios no exista: *etiamsi daremus non esse Deum* (Hugo Grocio, 1583-1645)[14]. Al mismo tiempo se tiene un derecho natural iluminista, que siguiendo el modelo de René Descartes (1596-1650) y Francis Bacon (1561-1626), pero también de los empiristas John Locke (1632-1704) y David Hume (1711-1776), se limita a lo experimentable y es construido *more* geométrico. Pero a la vez se mantiene en las mismas ideas que caracterizan todo el derecho natural "clásico": *el derecho natural es absoluto, universal y suprahistórico*, esto quiere decir que vale sobre el derecho positivo legislado por el hombre, vale para todos los hombres, y para todos los tiempos.

Metodológicamente se va tan adelante en la estimación del "derecho correcto" que se pregunta por la "naturaleza" (empírica, no metafísica, moral) del hombre para luego de aquí deducir como conclusión lógica los derechos "naturales" y obligaciones de los hombres[15]. Un gran papel cum-

---

13 K. Engish. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968, p. 231.

14 H. Grocio. *De iure belli ac pacis libri tres*, Prolegomena 11.

15 H. Hofmann. "Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung", en *RTh* 13 (1982), pp. 226 y ss.; Regina Harzer. *Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft: Zugleich ein Beitrag zur Staats- und Rechtsphilosophie von Hobbes und Kant*, 1994. El *Leviathan*, la obra capital de Thomas Hobbes, ha sido nuevamente editada por Hermann Klenner (Philosophische Bibliothek, T. 491), 1996; Hobbes. *Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen*, últimamente editado por A. Kaufmann, 1976. Ver también H. J. Böhme. *Politische Rechte des einzelnen in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts und in der Staatstheorie des Frühkonstitutionalismus*, 1993.

ple en esto la *Teoría del contrato social* (sobre todo Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778) en el sentido de un estadio primitivo ficticio, en el cual los individuos en libre convenio fijan sus recíprocos derechos y obligaciones (en la moderna filosofía del derecho, estas ideas han experimentado un nuevo impulso, sobre todo en John Rawls). Se cree poder fundamentar de esa manera un orden jurídico que se apoye en el consenso (sobre esto en el capítulo XVIII, I, 7 se comentará más detalladamente) y que tiene, con la invariable razón de los hombres, carácter universal, esto es, como atrás se destacaba, que tiene que ser válido para todo los hombres y en todos los tiempos. No puede sorprender que casi todos los intentos de fundamentar un derecho natural semejante se hayan detenido en el realce de unos pocos, muy abstractos principios fundamentales del derecho, por ejemplo, el mandamiento de no ocasionar daños a nadie (la regla de oro “negativa”), mantener los contratos, respetar la propiedad, tratar a los demás como iguales en derechos (esto es el *suum cuique*), ayudar a los necesitados (la regla de oro “positiva”), etc. Pero en esto divergen notoriamente las ideas sobre la “naturaleza” del hombre: en Thomas Hobbes (1588-1679) difiere de la anterior de Hugo Grocio; también es distinta en Baruch Spinoza (1632-1677) y Samuel Pufendorf (1632-1694), en Christian Thomasius (1655-1728)... Tan pronto es visto el hombre como un ser sociable, tan pronto como insociable, y poco después aparece en su “insociable socialidad”. Diferentes son también las influencias que han operado sobre el derecho natural secularizado[16], por ejemplo el eudemonismo social y el utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Stuart Mill (1806-1873), la monadología de Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) o el perfeccionismo ético de Christian Wolff (1679-1745). Su mayor significado práctico se ha alcanzado en la forma de los grandes códigos “iusnaturalistas”, entre otros: *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), *Derecho interno general prusiano* (1794), *Code Civil* (1804), *Código Civil General de Austria* (1811).

---

16 Ver B. Winiger. *Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs*, 1992. De la nueva literatura: B. Geyer/H. Goerlich (Eds.). *Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit*, 1997 (con contribuciones de H. Klenner, W. Maihofer, G. Sprenger, D. Wyduckel, entre otros); P. Landau. *Stufen der Gerechtigkeit; Zur Rechtsphilosophie von Gottfried Wilhelm Leibniz und Karl Christian Friedrich Krause*, 1996. Además, H. Rüping. “Carpzov und Thomasius”, en *ZStW* 109 (1997), pp. 380 y ss.

5. *La filosofía del derecho del siglo XIX*

a) Posteriormente, con esas codificaciones concebidas como concluyentes (idea de sistema) el racionalismo exageró demasiado. Más y más creció el interés por lo histórico y lo irracional. El gran representante de la *escuela histórica de derecho*, Friedrich Carl v. Savigny (1779-1861), declara el derecho natural "una infinita arrogancia de los filósofos"; el derecho no sería ningún producto de la razón, sino creado "mediante las fuerzas silenciosamente actuantes del espíritu del pueblo"[17].

b) La escuela histórica de derecho se mostró demasiado eficiente; ella, en efecto, desplazó al derecho natural en el siglo XIX. Sin embargo, fue rebatida científicamente por el criticismo a través de Immanuel Kant (1724-1804) quien sostuvo en su obra tardía *Metafísica de las Costumbres* un punto de vista racionalista, en absoluto crítico, sobre aspectos esenciales; pero en sus *Críticas*, sobre todo en la *Crítica de la Razón Pura*, forjó las más afiladas armas contra el derecho racional.

Lo esencial en la crítica del conocimiento de Kant es que sólo concede al entendimiento la capacidad de pensar el objeto de la percepción sensible, es decir, no le atribuye ninguna facultad de conocimiento creador, sino sólo la espontaneidad de conocimientos. Los objetos del pensamiento no provienen del entendimiento sino de la percepción, y ellos valen por eso sólo *a posteriori* (no absolutamente y no sin riesgo de un error). *A priori* nos son dadas sólo las *formas* de la intuición y las *formas* del pensamiento[18]. Esto

---

17 F. C. v . Savigny. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), ahora en Thibaut / Savigny. *Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, 1959, pp. 72 y ss. Sobre esto H. Klenner. *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*, 1991, pp. 92 y ss.; lo mismo que, recientemente, D. Nörr. *Savignys philosophische Lehrjahre: ein Versuch*, 1994.

18 I. Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, sobre todo el aparte "Lógica Trascendental", pp. 50 ss.; ver además G. W. Küsters. *Kants Rechtsphilosophie*, 1988; H. Klenner (Ed.). *Immanuel Kant; Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, 1988; A. Kaufmann. *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984, pp. 81 y ss. ("Kant und das Problem der Metaphysik"); G. Römpp. "Exeundum esse e statu naturali; Kants Begriff des Naturrechts und das Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht", en *ARSP* 74 (1988), pp. 641 y ss.; K. Kühl. *Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie*, en R.

significa para el derecho natural, como lo formuló el neokantiano Rudolf Stammler, que no es posible ninguna proposición jurídica que en la particularidad de su contenido se asegure como absolutamente correcta[19]. La filosofía de Kant significa, pues, nada menos que el final de un derecho natural objetivo, ontológico-substancial, estático, universalmente válido. Cuando mucho podrá darse en adelante un "derecho natural de contenido variable"[20], un derecho natural procesal, dinámico, histórico[21]. Pero para eso no tiene Kant en su filosofía ningún sitio.

c) Lo que le ha faltado a la filosofía de Kant es la investigación de lo empírico y con esto se ha descuidado sobre todo un momento que debería ser de decisiva significación para los siglos XIX y XX: el momento de la *historicidad* del hombre, y con éste también el del derecho. El primero que ha abarcado el problema histórico-filosófico del derecho natural en toda su trascendencia es George Friedrich Wilhelm Hegel (1770-1831)[22]. El idealismo alemán conoció su punto más alto con él. Conforme a sus principios histórico-idealistas, todo lo espiritual se realiza según un permanente paso progresivo de tesis, antítesis y síntesis, en suma: conforme a la famosa *dialéctica* hegeliana. Lo esencial es que ese desarrollo dialéctico no es el oscuro reino de un espíritu del pueblo, sino que se efectúa lógico-necesariamente de acuerdo con la ley de la razón. También la historia es un desarrollo de la razón; la historia mundial "ha sucedido razonablemente", escribió él. Y mientras la escuela histórica ve en el pueblo el valor último, en Hegel se coloca en su lugar algo completamente racional: el Estado. Este es para él el

---

Dreier (Ed.). "Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts", en *ARSP* 37 (1990), pp. 75 y ss.; H. G. Deggau. *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, 1983; L. Villar Borda. *La Paz en la Doctrina del Derecho de Kant*, 1996; R. Dreier. "Der moralische Standpunkt bei Kant und Hegel", en B. Ziemske y otros (Eds.). *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*; Festschrift für Martin Kriele, 1997, pp. 811 y ss.; W. Naucke. *Kants Kritik der empirischen Rechtslehre*, 1997.

19 R. Stammler. *Die Lehre von dem richtigen Recht*, 2ª ed., 1926, p. 94.

20 R. Stammler. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffasung*, 1896, p. 185.

21 Compárese A. Kaufmann. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957.

22 G. F. W. Hegel. *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, Einleitung. Ver sobre esto H. Klenner. *Rechtsphilosophie* (nota 17), pp. 141 ss.

concepto más elevado, la realidad más perfecta, o sea la "realidad de la idea moral" y con ello también el más alto valor jurídico[23]. La filosofía de Hegel es filosofía de identidad. Como sólo hay un Estado, también hay únicamente un derecho, no un derecho natural además del positivo[24].

d) Hegel ha visto en la idea lo primordial, y por ende ha desatendido la realidad. Por eso no se hizo esperar la reacción, la *concepción materialista de la historia* de Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895). Marx

---

23 G. F. W. Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 185. Sobre otro interesante tema de Hegel ver P. Landau. *Das Unrecht als Stufe des Abstrackten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie*; así como "Verhältnis Hegels zu Kants 'Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre'" en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; A. Kaufmann en su 65 aniversario, 1989, pp. 143 y ss. De la nueva literatura además: H. Ch. Lucas/O. Pöggeler (Eds.). *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, 1986; C. Jermann (Ed.). *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, 1987; R. Hohmann. *Personalität und strafrechtliche Zurechnung; Die Konstitution des Strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie*, 1993; J. Kim. *Der Begriff der Freiheit bei Hegel* 1996; W. Schild. "Die Legitimation des Grundgesetzes als der Verfassung Deutschlands in der Perspektive Hegels", en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuG*, T. 4), 1996, pp. 65 y ss.; del mismo, "Der rechte Hegel", en *Ein Rechtshegelianer? Bemerkungen zur Hegelschen Rechtsphilosophie*, en St. Smid/N. Fehl (Eds.). *Recht und Pluralismus*; Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag 1996, pp. 179 y ss.; L. Lasaga. *Hegels Handlungstheorie an der Peripherie des Staates*; *Hegels Rechtsphilosophie und das Programm einer Volksbewegung in Santo Domingo*, 1996.

24 Sería atractivo también aquí rastrear la filosofía del derecho de F. W. J. Schelling. Quizás recuerde el lector la anterior observación sobre el reencuentro del concepto procesal de naturaleza de Plotino en Schelling. Tenemos que limitarnos a tres referencias literarias: A. Hollerbach. Der *Rechtsgedanke bei Schelling*, 1957; H. Klenner. *Rechtsphilosophie* (nota 17), pp. 70 y ss.; H. M. Pawlowski/St. Smid/R. Specht (Eds.). *Die Praktische Philosophie Schellings und die gegenwärtige Rechtsphilosophie*, 1989. También debería honrarse a J. G. Fichte, en especial *Die Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre* de 1796; *Die Principien der Gottes- Sitten- und Rechtslehre* de 1805 y la *Rechtslehre* de 1812. Ver recientemente J. Braun. *Freiheit-Gleichheit-Eigentum; Grundfragen des Rechts im Lichte der Philosophie J. G. Fichtes*, 1991. M. Kalo/E. A. Wolff/R. Zaczyk (Eds.). *Fichte Lehre vom Rechtsverhältnis; Die Deduktion der §§ 1-4 der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie*, 1992.

encuentra que Hegel ha puesto de cabeza la forma de operar, y por eso su dialéctica tiene que ser "invertida": no depende el ser de la conciencia (de la idea) sino al revés: la conciencia depende del ser, más exactamente, de las relaciones de producción efectivas[25]. Con la transformación del fundamento económico como base se cambia toda la superestructura, las "ideologías", lenta o rápidamente. También el derecho (como la moral y la religión), pertenece a esa superestructura, no tiene en absoluto autonomía. La "dictadura del proletariado" conduce a la "sociedad sin clases" y con ello también a la "extinción" del Estado y del derecho[26].

Por supuesto que ese dogma escatológico de la extinción fue rápidamente abandonado, y cuando se piensa en el desarrollo de los Estados comunistas de Europa Oriental desde 1989 se tiene que tener en general por posible el final del orden económico y jurídico socialista[27].

---

25 Marx. MEW, XIII, pp. 8 y ss.

26 Marx. MEW IV pp. 463 y ss. Es muy dudoso que se pueda seguir todavía la evaluación klenneriana sobre "la aplicación del pensamiento jurídico-filosófico de Karl Marx": H. Klenner. *Rechtsphilosophie* (nota 17), pp. 155 y ss. Ver luego también N. Reich (Ed.). *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, 1972; Ch. Schefold. *Die Rechtsphilosophie des jungen Marx von 1842*, 1970; W. Paul. *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, 1974; Andrea Maihofer. *Das Recht bei Marx; Zur dialektischen Struktur von Gerechtigkeit, Menschenrechten und Recht*, 1992; A. Baratta. "Recht und Gerechtigkeit bei Marx", en, del mismo, *Philosophie und Strafrecht*, 1985, pp. 197 y ss.; P. Mazurek. "Marxistische und sozialistische Rechtstheorie", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 404 y ss. No debe dejarse de mencionar que Eugenio Paschukanis todavía propagaba la extinción del Estado al final de la década de los veinte; sin embargo, él fue declarado enemigo del pueblo y eliminado por el Fiscal-Jefe Andreij Wyschinski. Ver sobre estos desarrollos E. Bloch. *Naturrech und menschliche Würde*, 1961, pp. 253 y ss.
El correspondiente libro de Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, *Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe* (1924/1929), fue nuevamente editado por Hermann Klenner en 1991.

27 Ver sobre esto H. Klenner. "Was Bleibt von der marxistischen Rechtstheorie?", en *NJW* 1991, pp. 442 y ss. Lo que con certeza perdurará es el problema fundamental de la filosofía marxista y de la filosofía en general, o sea, las relaciones de señor y siervo. Sobre esto más reciente H. Klenner. *Rechtsphilosophisches zur Herr-und-Knecht-Relation*, en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 177 y ss.

e) En verdad el siglo XIX no nace aún bajo el signo del marxismo sino del *positivismo jurídico-científico* (Franz Wieacker)[28]. Su principal deseo fue la *fundación del Estado de derecho,* y esto ya desde los inicios del siglo fue perfectamente señalado por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833)[29]. Como criticista apoyado en la filosofía de Kant rechaza la posibilidad de un derecho natural objetivo, pero reconoce derechos subjetivos del hombre, que son indispensables pues obedecen a su autonomía moral (derechos fundamentales y derechos del hombre)[30]. De otra parte, nos enseña que la positividad sería signo esencial e irrenunciable de todo derecho objetivo. Para el caso de indudable derecho injusto prevé ya un derecho de resistencia, sobre todo de los jueces[31]. En el curso del siglo XIX se desarrollaron todavía numerosas teorías positivistas del derecho (del derecho natural sólo hablaban ya *outsider*, en especial los neotomistas como Víctor Catherein, pero también Heinrich Ahrens)[32]: el *positivismo lógico* de Rudolf Stammler

---

28 F. Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª reimpr. (de la 2ª ed., de 1967), 1996, pp. 430 y ss.

29 Para esto sobre todo G. Radbruch, *Feuerbach* (nota 3), *passim* = GRGA T. 6, *Feuerbach*, 1997.

30 P. J. A. v. Feuerbach. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796. Sobre esto A. Kaufmann, "Paul Johann Anselm v. Feuerbach; Jurist des Kritizismus", en *Land und Reich-Stamm der Nation; Probleme und Perspektiven Bayerischer Geschichte*; Festgabe für Max Spindler, Vol. III, "Vom Vormärz bis zur Gegenwart", 1984, pp. 181 y ss. Más reciente, G. Haney, "Naturrecht bei P. J. A. v. Feuerbach in seinen Jenenser Schriften", en A. Kaufmann y otros (Eds.). *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer, 1988, pp. 159 y ss.; del mismo, "Von einer negativen zur positiven Vernunft; Feuerbach im Jahre 1975", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 111 y ss.; Paul Johann Anselm v. Feuerbach. *Naturrecht und positives Recht*, textos escogidos, editado por G. Haney, 1993.

31 P. J. A. v. Feuerbach. *Die hohe Würde des Richteramts*, 1817. Sobre esto A. Kaufmann, "Paul Johann Anselm v. Feuerbach: Die hohe Würde des Richteramts", en *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, pp. 319 y ss.

32 V. Cathrein. *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 1909 (reimpr. 1964); H. Ahrens. *Naturrecht*, T. 2, 6ª ed., 1870/71 (1968). Sobre esto Evi Herzer. *Der Rechtsphilosoph Heinrich Ahrens* (1808-1874), 1993. Ahrens perteneció a la Escuela de Krause, todavía hoy influyente en España. Ver sobre esto N. M. López Calera, "K. Ch. F. Krauses Rechtsphilosophie in Spanien: Joaquín Costa", en *ARSP* 50 (1964), pp. 387 y ss.,

(1856-1938; él provenía de la tendencia neokantiana de Marburgo)[33]; la *teoría general del derecho*, que se ocupa todavía sólo con las estructuras y conceptos formales del derecho (se reconoce como su fundador a Adolf Merkel [1836-1896][34]; el modelo más consecuente y científicamente fundado de esas teorías jurídicas puramente formales fue, sin duda, la teoría pura del derecho fundada por Hans Kelsen en los inicios del siglo XX, ya conocida por el lector desde el capítulo II); la *jurisprudencia de conceptos*, la cual revivió el ontologismo escolástico que tiene por posible deducir en forma puramente lógica, de los más elevados conceptos abstractos, conceptos siempre más concretos y llenos de contenido (Friedrich Puchta, 1798-1846, entre otros); el *positivismo empirista*, que desemboca sobre todo en la *jurisprudencia de intereses*, elaborada por Rudolf v. Jhering (1818-1892), la cual busca entender el derecho a partir de la constelación de intereses de la vida real

---

Fundación Friedrich Ebert (Ed.). *Reivindicación de Krause*, 1982. La discusión sobre Krause ha sido sorprendentemente viva en épocas recientes; pero como aquí todavía hay algunos trabajos en elaboración, se mencionan sólo las publicaciones más importantes: K. M. Kodalle (Ed.). *Karl Chistian Friedrich Krause (1781-1832); Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo*, 1985 (allí contribuciones de H. Ch. Lucas, K. M. Kodalle, P. Landau, T. R. de Lecea, J. J. Gil-Cremades, entre otros); P. Landau. "Karl Christian Friedrich Krause und Christian Wolff: zu den Wurzeln des 'Krausismo' im deutschen Naturrecht", en L. Philipps/R. Wittmann (Eds.). *Rechtsentstehung und Rechtskultur*, Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag, 1991, pp. 127 y ss.; del mismo, "Die rechtsphilosophische Bergründung der Besserungsstrafe, Karl Christian Friedrich Krause und Karl David Röder", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 473 y ss.; S. Wollgast. *Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), Anmerkungen zu Leben und Werk*, 1990. Muy atendido fue en su época, es decir, en el inicio de la posguerra mundial, el libro de H. Coing *Die obersten Grundsätze des Rechts: ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, 1947.

33 Sobre esto ver C. Müller. *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus; Naturrecht und Rechtpositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp*, 1994.

34 El escrito de Adolf Merkel (1836-1896) es programático: *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben*, 1874. De manera no completamente inadecuada Gustav Radbruch apostrofó la Doctrina General del Derecho como "eutanasia de la filosofía del derecho", *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983 = GRGA, T. 2, 1993, p. 247.

que se encuentran en su base (Philipp Heck, 1858-1943, entre otros)[35]; ellos, y más directamente el *movimiento de derecho libre* (Hermann Kantorowicz, 1877-1940; Ernst Fuchs, 1859-1929), invitaban a los jueces a la libre creación del derecho, teniendo en cuenta la oscuridad y las lagunas de las leyes; fueron hijos de la corriente irracionalista de la época, cuando no por completo afilosóficos. Por último, la *sociología jurídica* ejercida empíricamente, que busca derivar de hechos jurídicos (por ejemplo la obediencia efectiva a unas normas determinadas) consecuencias jurídicas (la "validez" empírica de esas normas) (Max Weber, 1864-1920, entre otros).

f) En el curso del siglo XIX también se desarrolló la *doctrina del método* (metodología, n. del t.), positivista que parte de Savigny, según la cual sólo le toca al juez "subsumir", es decir, coordinar entre sí dos magnitudes objetivas, ley y caso, y permanecer él mismo completamente por fuera del asunto. El presupuesto lógico para la prohibición al juez de crear derecho era el dogma de la ausencia de lagunas en el orden jurídico. En efecto, en el siglo XIX se promulgaron prohibiciones de interpretación. Desde luego esa doctrina no pudo mantenerse mucho tiempo. Que el derecho tiene lagunas, que el juez tiene que llenar mediante un acto de creación jurídica, es hoy un lugar común[36].

g) Pero si en el problema de las lagunas todavía se trata de una insuficiencia lógica del positivismo científico, su progresiva degeneración hacia un puro *positivismo legal* (ya al final del siglo XIX declararon maestros del derecho que también el "más infame derecho legal" posee validez, si ha

---

35 Para quienes estén interesados en la investigación de Jhering: M. G. Losano. *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber* (Studien zu Jhering und Gerber, parte I), 1984; del mismo, *Studien zu Jhering und Gerber*, Parte II, 1984; del mismo, *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, 1986. Recientemente también R. Dreier. "Jherings Rechtstheorie; eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft", en O. Behrends (Ed.). *Jherings Rechtsdenken*; *Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, 1996, pp. 222 y ss. Reciente sobre Heck: M. Wolf. *Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker; Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre*, 1996.

36 Ver sobre esto C. W. Canaris. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2ª ed., 1983; Interesante en el último tiempo: H. Aoi. "Die sogenannte Lücke- Typenjurisprudenz contra Begriffsjurisprudenz?", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*, Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 23 y ss.

sido producido de manera formalmente correcta)[37] en el *nacionalsocialismo* se hizo manifiesta. Por lo demás, entonces no sólo se pervirtió el positivismo al promulgar leyes oprobiosas; también se abusó del pensamiento iusnaturalista cuando se sobrepuso en nombre de un derecho natural "étnico" sobre el derecho vigente[38].

6. *La reanudación después de la Segunda Guerra Mundial*

La experiencia histórica enseña que tanto la doctrina clásica del derecho natural como también el positivismo jurídico clásico han fracasado. El derecho natural con su sistema de normas petrificadas podría funcionar en sociedades con estructuras muy simples, pero no es suficiente en una sociedad altamente compleja con un muy delicado sistema económico. El positivismo jurídico, de otra parte, ciertamente suministró las grandes obras de codificación de comienzos del siglo XIX, porque al legislador de entonces todavía lo orientaba una fuerte conciencia moral. Ese presupuesto, sin embargo, no se da nunca en las dictaduras de nuestro tiempo; leyes infames no son simplemente ejemplos de cátedra, sino que se han convertido en realidad. El concepto puramente formal de la ley ha fallado[39].

---

37 K. Bergbohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, T. 1 (único), 1892, reimpr. 1973, pp. 144 y ss.

38 Detalladamente (con numerosas referencias) A. Kaufmann. "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en *ARSP* 18 (1983), pp. 1 y ss. Un capítulo muy conceptual sobre derecho y nacionalsocialismo proviene de la pluma de H. Müller-Dietz: "Recht, Nationalsozialismus und Karl Kraus; eine notwendige Erinnerung", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*, Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 769 y ss. Ver también B. Rüthers. *Die unbegrenzte Auslegung; Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 5ª ed., 1997.

39 Fundamentalmente G. Radbruch. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *SJZ* 1946, pp. 105 y ss. (impreso también en el anexo de la 4ª hasta la 8ª edición de la *Filosofía del Derecho* de Radbruch, hechas póstumamente) = GRGA, T. 13, 1990, pp. 83 y ss. La "fórmula de Radbruch" (el argumento del entuerto) ha cobrado de nuevo actualidad, precisamente en relación con el problema de la injusticia legal en la antigua RDA. Ver sobre esto R. Dreier. "Gesetzliches Unrecht im SED Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 57 y ss.; Monika Frommel. *Die*

a) El "renacimiento del derecho natural". Después de la monstruosa dominación arbitraria del nacionalsocialismo, en la que se pervirtió el derecho hasta hacerlo irreconocible[40], muchos creyeron en verdad que debían, en la hora cero luego de la Segunda Guerra Mundial, regresar de nuevo al derecho natural. Ya Jean Paul había hecho mofa al decir que cada misa y cada guerra abastecen nuevos derechos naturales. Pero, ¿qué debían hacer los tribunales en la miseria jurídica de aquellos años, distinto a reaccionar contra el Estado de injusticia nacionalsocialista con ayuda de ponderaciones "iusnaturalistas" y dejar de lado normas legales que eran injustas o a ellos a lo menos así les parecían y decidir el caso invocando "un derecho esencial sobrepositivo?". Este "renacimiento del derecho natural"[41] ha sido muy censurado y efectivamente no fue ningún producto de la racionalidad y la circunspección, pero la acusacion es válida propiamente para la ciencia, en especial para la filosofía del derecho que no había preparado a la administración de justicia en absoluto para el fenómeno de la "injusticia legal". Así se tiene que disculpar a los tribunales de tantos pasos en falso "iusnaturalistas".

Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, allí pp. 81 y ss. Sobre esto (con otras numerosas referencias) A. Kaufmann. "Die Radbruchsche Formel vom gesetzliches Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht", en *NJW*, 1995, pp. 81 y ss. Ver texto de la fórmula bajo pp. 193 y ss. Recientemente H. Dreier. "Gustav Radbruch und die Mauerschützen", en *JZ* 1997, pp. 421 y ss.; bajo un aspecto interesante J. Gründel. "Umgang mit Schuld; Theologisch-ethische Perspektiven", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*, cit., pp. 423 y ss. (p. 427: Veratwortung und Schuld hinsichtlich der Mauerdelikte).

40 Siempre digno de lectura F. v. Hippel. *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955.

41 Más detalle en A. Kaufmann. "Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre; und was daraus geworden ist", en *Festschrift für Sten Gagnér*, 1991, pp. 105 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit* (nota 3), pp. 221 y ss. Ver también K. Kühl. "Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg", en G. Köbler/ M. Heinzel/J. Schapp (Eds.). *Geschichtliche Rechtswissenschaft (Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, T. 6, 1990, pp. 331 y ss.; Muy reciente N. Horn. "Vom jüngsten Naturrecht", en B. Ziemske y otros (Eds.). *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*, Festschrift für Martin Kriele, 1997, pp. 889 y ss.; W. Waldstein, *Das Naturrecht in der modernen Staatsphilosophie*, allí pp. 903 y ss.

Ese "renacimiento iusnaturalista" fue episódico. Pero siempre quedó algo. Ciertamente hoy no se dan, a lo menos en el lenguaje, decisiones judiciales tan monstruosas como la resolución de la gran Sala Penal del Tribunal Supremo Federal de febrero 17 de 1954[42] en la causa del carácter ilícito de la relación sexual de prometidos. El senado invocó aquí las "normas de la moralidad" y las caracterizó así: "Su (fuerte) obligatoriedad (a diferencia de la 'obligatoriedad débil' de las simples 'costumbres', del 'simple convencionalismo') se apoya en el preexistente y aceptado orden de los valores y los principios del deber que rigen la convivencia humana; ellos valen independientemente de que aquellos a quienes se dirigen con la aspiración de ser obedecidos los sigan y reconozcan en la realidad o no; su contenido no puede cambiar a causa de que las opiniones sobre lo que es válido se modifiquen".

Una crítica de los resultados a los que llegó el Tribunal Supremo Federal (la relación sexual de prometidos contradice la ley de moralidad objetiva y es en consecuencia deshonesta), puede uno ahorrársela. Pero dos cosas tienen que retenerse: 1. La "ley moral" –en otra terminología: el "derecho natural" o simplemente el "derecho" (a diferencia de ley positiva)–, que aquí se afirma, es algo *substancial, intemporal, suprapositivo*, es algo ya *acabado*, es una *existencia, un estado*. 2. De esa *ley moral* o *derecho suprapositivo* se pueden de manera puramente deductiva derivar consecuencias concretas, decisiones jurídicas, bajo ellos se pueden *subsumir* situaciones fácticas (resultados, n. del t.). Es un *pensamiento de subsunción ontológico-substancial*. Y de allí no obtenemos en absoluto certeza.

b) Neopositivismo. El *neopositivismo* de finales de los años cincuentas y comienzo de los sesentas rechaza toda idea de un derecho suprapositivo, pero las estructuras mentales fueron y son en él las mismas que enseña el derecho natural. Esto se puede formular en general. La doctrina del derecho natural (se piensa en la doctrina del derecho natural clásica: absolutista y racionalista) y el positivismo legal se diferencian en verdad ontológico-iusfilosóficamente en la concepción sobre el fundamento del ser, la validez del derecho: en la una es lo pre-existente y la "naturaleza del hombre" siempre igual, en la otra es la cambiante "voluntad del legislador" no ligada

42 *BGHSt* 6, p. 46.

a un orden natural existente. Vistas metodológico-teórico-jurídicamente se igualan ambas, sin embargo, en la comprensión del proceso de creación del derecho: según la doctrina del derecho natural (racionalista), se pueden deducir de los principios éticos-jurídicos absolutos las normas de derecho positivo y de éstas luego las decisiones jurídicas concretas; según el positivismo legal (normativista) se pueden así mismo inferir de las leyes, con la ayuda de las directivas del legislador ("materiales legislativos"), las decisiones jurídicas concretas de manera *puramente deductiva sin recurrir a la experiencia* y en ese sentido "por rigurosa lógica". Naturalmente, siempre es del todo necesario mencionar lo empírico, pero esto no se reflejará ni se refleja. De tal manera se *fijará a priori*, conforme a ambos modelos de pensamiento, *el derecho positivo concreto algo rígidamente*. Esta analogía entre dos enemigos declarados como el derecho natural y el positivismo puede parecer sorprendente, pero ello tiene sin duda sus motivos internos. Ambos se orientan axiomáticamente, el pensamiento codificador subyace a ambos y sobre todo ambos están en deuda con el sistema filosófico del racionalismo, cuyo fin es construir *un sistema cerrado* de conocimientos adecuados y exactos.

Bien mirado, el neopositivismo tiene básicamente sólo un argumento a su favor: lo insostenible de la doctrina del derecho natural. Que, en consecuencia, el positivismo tuviere razón sólo sería forzoso si la alternativa derecho natural o positivismo jurídico fuese excluyente, lo que desde tiempos inmemoriales, de manera completamente acrítica, se ha supuesto falsamente. Una cimentación filosófica del positivismo, como, por ejemplo, la que Hans Kelsen suministra en su *Teoría pura del derecho*, difícilmente se encuentra hoy. Se es positivista por resignación escéptica. Característica para el espíritu de la época es la forma como Hans-Ulrich Evers retoma las dudosas concepciones de los positivistas de fin de siglo: "También el orden jurídico más reprobable", dice él, "tiene todavía un valor obligatorio", pues también él garantiza "un mínimo de protección", y "a causa de esa función tiene igualmente un valor [...] sin consideración a su contenido"[43].

---

43 H. U. Evers. *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, 1956, pp. 141 y 72.

Aun cuando esa opinión es de alguna manera comprensible, ella no es, sin embargo, de ninguna manera una respuesta a los problemas que se nos plantean hoy. El regreso más allá de Kant del renacimiento iusnaturalista ha fracasado. Pero no ha fracasado menos el regreso más allá de la perversión jurídica de la dictadura nazi. Lo que se nos ha encomendado es la limitación de la arbitrariedad en la legislación y la aplicación de la ley. Para esto no habrá una respuesta satisfactoria en tanto se persevere en la alternativa: *o* derecho natural *o* positivismo, *tertium non datur.* El pensamiento en esa alternativa hace mucho se encuentra en un callejón sin salida. Precisamente la discusión posbélica demostró eso *ad oculos.* Todos conocen el argumento aportado miles de veces y el contraargumento, pero nadie está en capacidad de disuadir al adversario de su opinión, porque él no puede fundamentar su propia posición de manera convincente.

c) La teoría jurídica funcionalista. Pero también lleva a un callejón sin salida contraponer al derecho natural ontológico-substancial una *concepción jurídica funcionalista*, como la representada especialmente por Niklas Luhmann[44]. Según ese funcionalismo, no importa que el derecho sea justo (algo así como "justicia" o "indisponibilidad" no existe en absoluto, estos son más bien sólo símbolos con los cuales se imponen buenos deseos)[45], lo decisivo en una sociedad compleja en alto grado es sólo que el derecho funcione en tanto "reduzca complejidad" (lo cual ciertamente es algo, pero el derecho de esta manera se vuelve completamente fungible). Seguramente es correcto que lo "indisponible" no puede residir en una petrificada "naturaleza" ontológico-substancial entendida como algo rígido, cosificado; no tiene que ser tampoco algo "preexistente" como el logos, el *jus divinum* o la naturaleza humana racionalista en el sentido del antiguo derecho

---

44 Su obra más conocida: *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

45 Detalladamente A. Kaufmann/W. Hassemer. *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, pp. 27 y ss. Ver también W. Hassemer, que defiende la doctrina del bien jurídico contra el funcionalismo: "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; A. Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 85 y ss.; también, del mismo, *Theorie und Soziologie des Verbrechens; Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973, así como M. Marx. *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"; Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, 1971.

natural[46]. No obstante, no es ningún argumento que en el derecho en absoluto se dé lo indisponible. Es evidente que Kant superó lo ontológico-substancial. Pero Charles S. Peirce ha dado el gran paso de las substancias *a las situaciones y relaciones*, avanzando de la lógica aristotélica y kantiana, *que sólo conoció predicados de calidad*, *hacia una lógica de relación*[47]. Este paso tiene todavía que realizarse en la filosofía del derecho y en la teoría jurídica. Pero hay ya notables intentos de fundamentar una lógica no clasificatoria semejante. En los últimos tiempos se desarrolla una lógica, sobre todo en el campo de la informática jurídica, que característicamente se denomina *fuzzy logic*, una lógica con perfiles difusos, no claramente determinados, mediante los cuales se requiere sobre todo enseñorearse de los conceptos jurídicos indeterminados, quizás incluso de la analogía[48]. En verdad esto tampoco es tan nuevo: ya Gustav Radbruch había trabajado para que en el derecho, junto con las clases de conceptos de todo o nada admitidos, entraran numerosos conceptos que permiten un compromiso entre lo más y lo menos[49], de lo que sigue que muchas veces no sólo hay una y única solución correcta, sino muchas "correctas", esto es, soluciones

---

46 Ver A. Kaufmann, "Recht und Rationalität", en *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer, 1988, pp. 1 y ss., especialmente 24 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit* (nota 3), pp. 301 y ss.

47 Ver sobre esto W. Stegmüller. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, T. 1, 6ª ed., 1978, pp. 429 y ss., especialmente 431.

48 Sobre la *fuzzy logic* hay ya abundante literatura. Muy sugestivo L. Philipps. "Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic; Ein Versuch zur Bestimmung der Wartezeit nach Verkehrsunfällen (§ 142, Abs. 2 StGB)", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 265 y ss.; del mismo, "Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung–ein Fall für Fuzzy Logic", en M. Martinek y otros (Eds.). *Vestigia Iuris*; Festschrift für Günther Jahr, 1993, pp. 169 y ss. Interesante pero problemático es el intento de F. Romeo de dominar la analogía por medio de la *fuzzy logic*: *Analogie; Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht*, 1991, en especial pp. 29 y ss. (en correspondencia con L. Reisinger). Bajo otro aspecto: A. Billot. *Economic theory of fuzzy equilibria; An axiomatic analysis*, 1992; muy acertada es la caracterización de la *fuzzy logic* como "pensamiento krausiano" por Ch. Dörrer. *Fuzzy Logic; Methodische Einführung in Krauses Denken*, 1996. El habla también de las zonas grises de las transiciones graduales, del todavía–no–y–no más.

49 G. Radbruch. "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", en

"defendibles", plausibles, susceptibles de consenso. Luego se tiene que estar ansioso de cómo una lógica semejante (que en el sentido tradicional no es ninguna lógica) quiere hacer justicia computarizada (y ciertamente no sólo en casos banales sino en *hard cases*). Empero, hemos ido demasiado lejos.

Nosotros tenemos que encontrar un camino más *allá del derecho natural lógico-substancial y del positivismo legal funcionalista*. El impulso para la superación de esa guerra de posiciones entre los dos campos fue dado ya por Gustav Radbruch. Si se observa su obra en conjunto, es claro que su sitio ha estado más allá del derecho natural y el positivismo. En el próximo capítulo se tratará más precisamente sobre esto.

d) Otras tendencias. En lo que sigue queremos honrar todavía algunos intentos que también se originaron en los primeros tiempos de la posguerra con el fin de superar la situación de miseria jurídica heredada del nacionalsocialismo, o sea precaver la arbitrariedad en el pensamiento jurídico, mediante la idea de un derecho no disponible. Se buscó también con eso, si no superar, sí evidentemente limitar el relativismo teórico-valorativo que había sido sostenido principalmente por Max Weber y Gustav Radbruch.

aa) Impulsos esenciales para la renovación de la filosofía del derecho proveniente de la *Fenomenología* de Edmund Husserl (1858-1938). (La notable discípula de Husserl, Edith Stein, judía convertida a la fe católica, fue asesinada en Auschwitz en 1942; de su legado se publicó recientemente [1991] una *Introducción a la Filosofía*). De acuerdo con la doctrina fenomenológica, las esencialidades existentes en sí deben representarse, bien en "actos ideantes" bajo una "reducción eidética y fenomenológica" o, puestos entre "paréntesis" todos los "coeficientes existenciales accidentales", en el hecho mismo puro, es decir, rigurosamente claro, libre de error y adecuado. Quien desee esclarecer esta forma altamente complicada del conocimiento, puede leer, de Gerhart Husserl (1894-1973), "Die Phänomenologie des Schuhes"[50]. El ejemplo es característico, pues el método fenomenológico funciona evidentemente sólo en objetos estructurados simplemente, no en

---

Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, T. XII (1938), pp. 46 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 60 y ss.

50 G. Husserl. *Recht und Zeit*, 1955, pp. 14 y ss.

algo tan complejo, además de normativo, como el derecho. Los esfuerzos de Gerhart Husserl y Adolf Reinach (1883-1917)[51] por elaborar *a priori* elementos del derecho que el legislador tiene que admitir si quiere lograr una regulación justa, no fueron coronados con el éxito ("doctrina apriorística del derecho").

bb) Esa doctrina se basa en la versión lógico-teórico-cognoscitiva de la fenomenología. Más eficazmente incidió la versión teórico-valorativa, cuyo primer garante es Max Scheler (1874-1928). Hans Welzel (1904-1977) y su discípulo Günter Stratenwerth (nacido en 1924) sobre todo se inspiraron en él. Según su doctrina, todo el derecho está penetrado por *estructuras lógico-materiales*, por ejemplo, las estructuras de la acción humana, de la premeditación, de las relaciones de autor-cómplice, que la regulación legal enlaza, cuando las acciones deben normarse[52].

cc) Una tercera orientación argumenta con la "naturaleza de la cosa". Ella ha fecundado sin duda la nueva filosofía del derecho de la manera más eficiente, lo que se documenta en una ilimitada literatura. Ya Radbruch había intentado la renovación jurídica sobre la "naturaleza de la cosa", pero la entiende sólo en el sentido neokantiano como una "forma mental", mediante la cual puede distender el "dualismo metódico" de ser y deber ser[53] sostenido antes por él; pero con esto Radbruch no reconoce a la "naturaleza de la cosa" el carácter de una fuente del derecho[54]. Esto lo hace Werner Maihofer (nacido en 1918), quien, proviniendo de la filosofía de la existencia de Martin Heidegger (1889-1976), considera la "naturaleza de la cosa" una genuina fuente del derecho en el sentido de un "derecho natural concreto"[55].

---

51 La obra más importante de Reinach: *Zur Phänomenologie des Rechts; die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1953. Debe mencionarse también una obra suya merecedora de una lectura hoy: *Was ist Phänomenologie?*, 1951.

52 Muy claramente sostiene este punto de vista G. Stratenwerth. *Das Rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, 1957.

53 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, pp. 87 y ss. "Wirklichkeit und Wert" = GRGA, T. 2, 1993, pp. 221 y ss.

54 G. Radbruch. "Die Natur der Sache als juristische Denkform", en *Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun*, 1948, pp. 157 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 229 y ss. Ver también A. Kaufmann. "Lukrez, De rerum natura", en M. Martinek y otros (nota 48), pp. 107 y ss.

55 W. Maihofer. "Die Natur der Sache", en M. Martinek y otros (nota 48), pp. 145 y ss.

dd) Habría mucho más para mencionar. Pero concluimos este recorrido con una breve ojeada al neohegelianismo, como alguna vez fue sostenido por Julius Binder (1870-1939), Walther Schönfeld (1888-1958) y Karl Larenz (1903-1993). Como el neohegelianismo nunca fue positivista, no tuvo en esa medida dificultades para contribuir a la renovación del derecho después del derrumbamiento. Pero, de otra parte, por razones fáciles de explicar (teoría autoritaria del Estado) quedó envuelto en el destino del nacionalsocialismo, de tal manera que la repetida invocación a "la idea de un orden concreto" (Carl Schmitt) y al "concepto general concreto" (Larenz) no parecieron más dignos de credibilidad, aunque allí se escondiese frecuentemente algo sensato.

e) Principios teorético-cognoscitivos. Que todos estos esfuerzos por un "indisponible" en el derecho finalmente hayan conducido a un desencanto, a un chasco, estriba precisamente en que todavía se ha mantenido ante todo un *concepto cognoscitivo objetivista* y un *concepto de derecho ontológico-substancial*[56]. Esto llevó parcialmente a un regreso a teorías formales del derecho, en particular a la *teoría analítica del derecho*, cuyos principales representantes hoy son H. L. A. Hart (1907-1992), Alf Ross (nacido en 1899), Kazimierz Opalek (1918-1995), Aleksander Peczenik (nacido en 1937), Aulis Aarnio (nacido en 1937), quienes quieren hacer

---

Para mi propio punto de vista ver A. Kaufmann. *Analogie* (nota 7): "La 'naturaleza de la cosa' es el miembro vinculante ('catalizador') entre ser y deber ser, caso y norma" (ver sobre esto numerosas contribuciones en P. Nerhot (Ed.). *Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Espistemology, Hermeutics and Linguintiscs*, 1991); También instructivo A. Baratta. "Juristische Analogie und Natur der Sache", en *Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, 1972, pp. 137 y ss.; "Natur der Sache und Naturrecht", en A. Kaufmann (Ed.). *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 1955, pp. 104 y ss.; del mismo, "Gedanken zu einer dialektische Lehre der Natur der Sache", en A. Kaufmann (Ed.). *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, pp. 137 y ss.; del círculo de voces críticas hay que mencionar especialmente R. Dreier. *Zum Problem der "Natur der Sache"*, 1965. Otra literatura sobre la "naturaleza de la cosa" se encuentra en A. Kaufmann (Ed.). *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 1965, pp. 5 a 243.

56 De otra manera, o sea relacionalmente, aprehende la "naturaleza de la cosa" G. Stratenwerth (ver arriba, nota 52). En este aspecto mi punto de vista es muy parecido (nota 7).

proposiciones rigurosamente razonables, "evidentes" sobre el derecho mediante análisis lógicos del lenguaje, con estricta separación de derecho y moral, así como de lo empírico y lo normativo[57].

Entretanto no satisface más a muchos esa analítica jurídica pura con su limitación a las *rules* (aquí habrá de mencionarse especialmente a Ronald Dworkin); más bien se ha ampliado el sistema en torno a los *principles of law*[58], cuya relación con las *rules* es, por lo demás, muy discutida. En todo caso, por ese medio se ha fecundado vigorosamente la *teoría de las normas*, cuya obra más notable es un legado de Hans Kelsen[59]; también aquí Kazimierz Opalek ha abierto nuevas perspectivas[60]. Importante entre las teorías formales del derecho es también evidentemente la *lógica jurídica*, para la cual pueden citarse a Karl Engisch (1899-1990), Ulrich Klug (1913-1993), Ilmar Tammelo (1917-1982), y Ota Weinberger (nacido en 1919)[61]. Una forma especial de lógica jurídica –la lógica deóntica (la lógica de los

---

57 Literatura: H. L. A. Hart. *Der Begriff des Rechts* (del inglés), 1973; del mismo, *Recht und Moral* (del inglés), 1971; E. Barros. *Rechtsgeltung und Rechtsordnung; Eine Kritik des analytischen Rechtsbegriffs*, 1984; G. Robles. *Rechtsregeln und Spielregeln; Eine Abhandlung zur analytischen Rechtstheorie*, 1987; J. M. Priester. "Rechtstheorie als analytische Wissenschaftstheorie", en G. Jahr/W. Maihofer (Eds.). *Rechtstheorie Beiträge zur Grundlagendiskussion*, 1971, pp. 13 y ss.; E. Tugendhat. *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, 1976; H. J. Koch. *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976; K. L. Kunz. *Die analytische Rechtstheorie: Eine "Rechts" theorie ohne Recht?*, 1977; H. Eckmann. *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie; Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H. L. A. Harts*, 1969; V. Steiner. "Analytische Auffassung und der Rechts des Rechtsinterpretation", en *ARSP* 69 (1983), pp. 299 y ss.; A. Ollero. *Rechtswissenschaft und Philosophie* (del español), 1978, pp. 3 y ss., pp. 27 y ss. Una investigación analítica con soporte en la práctica: E. v. Savigny. *Die überprüfbarkeit der Strafrechtssätze*, 1967.

58 Sobre esto indicación bibliográfica del capítulo IV, V.

59 H. Kelsen. *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979.

60 K. Opalek. *Überlegungen zu Hans Kelsen "Allgemeine Theorie der Normen"*, 1980; del mismo, *Theorie der Direktiven und der Normen*, 1986. Luego también O. Weinberger. *Norm und Institution*, 1988.

61 K. Engisch. *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 3ª ed., 1963; U. Klug. *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982; I. Tammelo/H. Schreiner. *Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik*, T. 2, 1974/77; O. Weinberger. *Rechtslogik; Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, 1970.

valores y las normas)– trató de desarrollar Georg Henrik von Wright (nacido en 1916)[62].

Por irrenunciables que sean esas tendencias, y a pesar de los servicios que sus representantes han prestado, no pueden, sin embargo, reemplazar una filosofía del derecho *material*. Además, las teorías del derecho puramente formales corren el peligro de encerrar el derecho en un "sistema axiomático" (Klug) y hacerlo inaccesible al flujo de la vida[63]. Por eso busca nuevamente encontrarse con una *jurisprudencia tópica* o bien *retórica* que, reviviendo antiguas tradiciones (Aristóteles, Cicerón), desarrolla un procedimiento "aporético", en el cual se establecen "catálogos de tópicos"[64], a fin de poder encontrar orientación en un "sistema abierto" (Theodor Viehweg, 1907-1988; Chaim Perelman, 1912-1984). El lema es: *argumentar en un sistema abierto*. Ese lema lo han inscrito en su bandera tanto la *teoría de la argumentación* como la *hermenéutica*. Mediante la apertura del sistema ellos han dejado atrás, esencialmente, tanto el derecho natural como el positivismo jurídico (sobre esto se tratará en el próximo capítulo).

f) La discusión analítica-hermenéutica[65]. Una renovación de la filosofía del derecho tiene que partir del criterio de Kant según el cual conceptos sin contenido son vacíos, intuiciones sin conceptos son ciegas. Sobre la base de la actual discusión teórica se podría trasladar eso a la siguiente fórmula: analítica sin hermenéutica es vacía, hermenéutica sin analítica es ciega. En

---

62 G. H. von Wright. *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, 1968; del mismo, "Deontic Logic Revisited", en *RTh* 4 (1973), pp. 37 y ss.; para Georg Henrik von Wright: *RTh* 27 (1996), pp. 133 y ss., con contribuciones de W. Krawietz, J. Habermas, E. Hilgendorf y D. Weinberger, entre otros. Ver también G. Kalinowski. "Die Präskriptive und die deskriptive Sprache in der deontischen Logik", en *RTh* 9 (1978), pp. 411 y ss.

63 Sobre los problemas del sistema axiomático, la tópica y el sistema abierto (entendido estructuralmente), ver H. Otto. "Methode und System in der Rechtswissenschaft", en *ARSP* 55 (1969), pp. 493 y ss.

64 Sobre esto especialmente K. R. Popper. *Die Offene Gesellschaft und ihre Feinde*, T. 2, 6ª ed., 1980 (el primer tomo tiene el título "El mago Platón". Además el anti-Popper: A. F. Utz (Ed.). *Die Offene Gesellschaft und ihre Ideologien*, 1986.

65 Claro y convincente J. Stelmach. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991, especialmente pp. 44 y ss., 135 y ss.

los años pasados se han combatido, empero, más que complementarse mutuamente. La corriente analítica acusa a la hermenéutica de ser irracional (lo que no es exacto: la propia hermenéutica no es irracional, ella busca sólo ofrecer luz en los procesos que no son racionales o no puramente racionales, y de esa clase es el proceso de creación jurídica). La hermenéutica, de su parte, sindica a la analítica por no tener respuesta a los reales problemas de la filosofía del derecho y en general de los hombres (ella no busca en absoluto tales respuestas, por lo cual resulta dudoso que la analítica levante la aspiración a representar sola la filosofía del derecho).

En tiempos recientes se señala la clara tendencia a abandonar el enfrentamiento y llegar a una cooperación. Un importante paso en esa dirección lo había dado ya Georg Henrik von Wright con su libro *Aclarar y comprender* (*Erklären und Verstehen*, 1974). En esta conexión ha de mencionarse también a Karl Engisch, quien tuvo siempre la capacidad de vincular el pensamiento lógico y el hermenéutico, como lo prueba su libro *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*[66].

Adicionalmente ha de mencionarse a Ronald Dworkin (nacido en 1931), quien muestra su reverencia por la hermenéutica en el libro *Law's Empire*, aparecido en 1986, sobre todo a la forma desarrollada por Hans-Georg Gadamer. Más claramente describe el juego armonioso de analítica y hermenéutica José de Sousa e Brito (nacido en 1939) en su libro *Filosofia do Direito e do Estado* de 1987. Y otros nombres se agregan constantemente[67]. No hace muchos años la mayor parte de los analíticos simplemente pasaban por alto a la hermenéutica. Esto ha cambiado fundamentalmente. La bibliografía sobre hermenéutica jurídica ha crecido copiosamente y esto no sólo en el espacio lingüístico alemán. Ya no se puede plantear de manera absoluta la analítica, pero tampoco la hermenéutica; la una es tan poco prescindible como la otra. Si en adelante la teoría analítica del derecho no es pormenorizadamente valorada, no se debe ello a menosprecio de la analítica sino a la finalidad de este libro, que es la de ofrecer preferentemente problemas de contenido.

---

66 Como en nota 61.

67 Aquí hay que remitirse sobre todo a A. Ollero. *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1978, *passim*.

CAPÍTULO CUARTO

Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico

I. LITERATURA

Aarnio, A. *On Legal Reasoning*, 1977; del mismo y otros (Eds.). "Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation", en *RTh*-Beiheft 2, 1981; Alexy, R. *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed., 1991; Atienza, M. "For a Theory of Legal Argumentation", en *RTh* 21 (1990), pp. 393 ss.; Alwart, H. "L'herméneutique et la philosophie du droit analytique", en *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, 1991, pp. 161 ss.; Ballweg, O. y otros (Eds.). *Rethorische Rechtstheorie*, 1982; Baratta, A. "Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs", en *ARSP* 45 (1959), pp. 505 ss; Birus, H. (Ed.). *Hermeneutische positionen: Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer*, 1982; Brito, J. "Hermeneutik und Recht", en *Zschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abteilung, 1987, pp. 596 ss.; Bund, E. *Juristische Logik und Argumentation*, 1983; Carpintero Benitez, F. *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, 1993; Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*, 1985; del mismo, *Law's Empire*, 1986; del mismo, *Bürgerrechte ernstgenommen* (del inglés), 1990; Esser, J. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2ª ed., 1972; Feser, A. *Das Recht im juristischen Denken; Das hermeneutische prinzip als allgemeine Denkweise juristischer Methodik von der Regelbildung bei der Normsetzung bis zur Regelkonkretisierung durch den Richter*, 1996; Fischer, M. y otros (Eds.). "Hermeneutik und Strukturtheorie des rechts", en *ARSP*-Beiheft 20, 1984; Frommel, Monika. *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981; de la misma, "Die Hermeneutik-Diskussion-überholt oder unbewältigt?", en *ARSP* 73 (1987), pp. 519 ss.; Gadamer, H.-G. *Wahrheit und Methode; Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 5ª ed., 1986; Gast, W. *Juristische Rhetorik; Auslegung, Begründung, Subsumtion*, 2ª ed., 1992; Gizbert-Stunicki, T. "Das Vorverständnis im Begriff der juristischen Hermeneutik", en *ARSP* 73 (1987), pp. 467 ss.; del mismo, "Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen", en *RTh* 18 (1987), pp. 344 ss.; Grondin, J. *Einführung in die philosophische Hermeneutik*, 1991; del mismo, *Der Sinn für Hermeneutik*, 1994; Gröschner, R. "Theorie und Praxis der juristischen Argumentation", en *JZ* 1985, pp. 170 ss.; Habermas, J. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, pp. 242 ss. (hermenéutica, realismo y positivismo); Haft, F. *Juristische Rhetorik*, 4ª ed., 1990; Hilgendorf, E. "Juristische Argumentation und Dialektik", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 93 ss.; Hassemer, W. *Tatbestand und Typus; Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968; del mismo, "Juristische Hermeneutik", en *ARSP* 72 (1986), pp. 195 ss.; del mismo (Ed.), *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, con contribuciones sobre la hermenéutica de G. Ellscheid, F. Haft, W. Hassemer, H. Müller-Dietz, U. Neumann, L. Philipps, W. Schild, H. Scholler, U. Schroth, R. Wittmann; del mismo y otros (Eds.), "Argumentation und Recht", en *ARSP*-Beiheft N. F. 14, 1980; Hegenbarth, R. *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik*, 1982; Hilgendorf, E. *Argumentation in der Jurisprudenz: Zur rezeption analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, 1991; Hinderling. *Rechtsnorm und Verstehen: die methodologischen Folgen einer allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung*, 1971; Horn, N. "Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation", en *RTh* 6 (1975), pp. 145 ss.; Hruschka, J. *Das Verstehen von Rechtstexten; Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, 1972; Ineichen, H. *Philosophische Hermeneutik*, 1991; Jørgensen, S. "Hermeneutik und Auslegung", en *RTh* 9 (1978), pp. 63 ss.; Kaufmann, A. *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993; del mismo, *Analogie und "Natur der Sache";*

Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2ª ed.,1984; Kaufmann, A./W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994 (allí: A. Kaufmann. "Jenseits von Naturrecht und Positivismus"; U. Schroth. "Philosophische und Juristische Hermeneutik"; J. Schneider/U. Schroth. "Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung"); Krawietz, W. y otros (Eds.). "Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz", en *RTh*-Beiheft 1, 1979; Kriele, M./F. Viola/F. Volpi/G. Zaccaria (Eds.). *Ermeneutica e Applicazione* (*Ars Interpretandi*; Annuario di Ermeneutica Giuridica 1), 1996; Lamego, J. *Hermenêutica e Jurisprudência*, 1990; Llompart, J. *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, 1993, pp. 49 ss.; Lüderssen, K. "JuristischeTopik und konsensorientierte Rechtsgeltung", en *Festschrift für Helmut Coing*, Vol. 1, 1982, pp. 549 ss.; MacCormick, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978; Morasch, Gudrun. *Hermetik und Hermeneutik; Verstehen bei Heinrich Rombach und Hans-Georg Gadamer*, 1996; Neumann, U. *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, 1978; del mismo, *Juristische Argumentationslehre*, 1986; Nörr, D. "Triviales und Aporetisches zur juristischen Hermeneutik", en *Text und Applikation; Poetik und Hermeneutik IX*, 1981, pp. 273 ss.; Ollero, A. *Tiene razón el derecho; Entre método científico y voluntad política*, 1996; Pavcnik, M. *Argumentacija V Pravu*, 1991; del mismo, *Legal Decision making as a Responsible Intellectual Activity*; "A continental Point of View", en *Washington Law Review*, Vol. 72, Nº 2, 1997, pp. 481 ss.; Peczenik, A. *Grundlagen der juristischen Argumentation*, 1983; del mismo y otros (Eds.), *Reasoning on Legal Reasoning*, 1979, Perelman, Ch. *Das Reich der Rhetorik; Rhetorik und Argumentation* (del francés), 1980; del mismo, *Juristische Logik als Argumentationslehre* (del francés), 1979; Radbruch, G. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914; del mismo, *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932 (póstumas, numerosas ediciones; la última 8ª ed., 1983 = GRGA, T. 2. 1993); del mismo, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947 (3ª ed., póstuma, 1965; 1ª ed., 1948 = GRGA, T. 3, 1990, pp. 121 ss.); Ricoeur, P. *Die Interpretation* (del francés), 1969; Ritter, K. *Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*, 1956; Rodingen, H. *Pragmatik der juristischen Argumentation*, 1977; Rössler, B. *Die Theorie des Verstehens in Sprachanalyse und Hermeneutik*, 1990; Schreckenberger, W. *Rhetorische Semiotik*, 1978; Stelmach, J. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991; Struck, G. *Topische Jurisprudenz*, 1971; del mismo, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, 1977; Toulmin, S. *Der Gebrauch der Argumente* (del inglés), 1975; Uusitalo, J. "Legal Dogmatics, Epistemology and Radical Hermeneutics", en *ARSP*-Beiheft 40, 1991, pp. 116 ss.; Viehweg, T. *Topik und Jurisprudenz*, 5ª ed., 1974; Villey, M. "Le Raisonnement juridique dans l'histoire: I. Droit romain et moyen-âge", en *Die juristische Argumentation*, *ARSP*-Beiheft N. F. 7 (1972), pp. 43 ss.; Weinberger, O. "Logik und objektivität der juristischen Argumentation", en *Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, 1984, pp. 557 ss.; del mismo, "Topik und Plausibilitätsargumentation", en *ARSP*: 59 (1973), pp. 17 ss.; Weinberger, Ch./O. Weinberger. *Logik, Semantik, Hermeneutik*, 1979; Wieacker, F. *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, 1963; Yoshino, H. "Die logische Struktur der Argumentation bei der juristischen Entscheidung", en *RTh*-Beiheft 2, 1981, pp. 235 ss.; Zaccaria, G. *Ermeneutica e Giusprudenza*. 2 Vols., 1984; del mismo, *L'arte dell'interpretazione; Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporonea*, 1990; Zimmermann, J. *Wittgensteins sprachphilosophische Hermeneutik*, 1977.

Ver también literatura del capítulo III.

II. LA "TERCERA VÍA"

Esta es una bibliografía considerable, pero no debe chocar. De nuevo se reitera que este libro puede ser comprendido por el lector que no consulte otra literatura. Si él no quiere profundizar en la materia puede dejar simplemente de lado los escritos mencionados.

La enumeración de una literatura tan abundante, precisamente sobre este tema, tiene naturalmente un fundamento. Y éste radica en que la búsqueda de una "tercera vía" entre el derecho natural y el positivismo o más allá de éstos es hoy *el* tema de la filosofía del derecho (prescindiendo de las corrientes enteramente formalistas y funcionalistas). Se tiene que aclarar que entre derecho natural y positivismo no existe la relación de alternativa excluyente[1]. Para la doctrina del derecho natural el derecho objetivamente reconocible es predeterminado en el logos, en la ley divina, en la razón. Conforme al positivismo jurídico nada está predeterminado, por lo menos no son reconocibles contenidos precedentes del derecho; el contenido del derecho es, pues, discrecional. Por el contrario, consideran los representantes de una "tercera vía" que si bien no es dable conocer todo el contenido concreto del derecho, empero sí determinadas estructuras y principios, o también sólo negativamente, en el sentido del "argumento del entuerto", que en ningún caso es válido el "derecho evidentemente injusto". No existe en consecuencia ninguna clase de ligamento absoluto con contenidos objetivos ("naturaleza") sino sólo un enlace relativo, mejor, relacional dentro de determinados nexos (cuando, por ejemplo, se norma la relación jurídica "compraventa" no se puede disponer libremente sobre el papel del comprador y el vendedor). En cada caso hay multitud de variaciones. Aquí podremos presentar sólo algunos de esos intentos de una "tercera vía": la filosofía del derecho de Gustav Radbruch, la hermenéutica jurídica, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de los *general principles of law* y muy brevemente los *critical legal studies*.

---

1 Lo controvierte J. Llompart. *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, 1993, pp. 49 y ss.

III. LA SUPERACIÓN DE LA ALTERNATIVA DERECHO NATURAL-POSITIVISMO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE GUSTAV RADBRUCH

Con su filosofía del derecho Radbruch ha realizado un "cambio de paradigma", para decirlo en la jerga que predomina hoy. O sea, alejamiento de la filosofía del derecho formal, seguida casi sin excepción después de Hegel, denominada la mayor parte de las veces "teoría general del derecho", y refundación de una *filosofía material del derecho,* que trata de contenidos y no sólo de formas y estructuras. Por supuesto, fue Radbruch también kantiano, como Kelsen, al considerar que los enunciados *a priori*, unívocos, obligatorios sólo son posibles de las formas y no de los contenidos. Pero mientras Kelsen se limita por ese motivo a lo formal, Radbruch filosofa, sin embargo, sobre contenidos, especialmente sobre valores. Para esto tuvo que pagar un precio por su posición kantiana, un elevado precio: el *relativismo teórico valorativo* (*iusfilosófico*)[2].

En la literatura sobre Radbruch se ha trabado una vehemente disputa en torno a si en su vida y en especial en su filosofía del derecho se produjo un "cambio radical", una "conversión de Damasco", o si las transformaciones verificadas indudablemente en él y jamás negadas fueron sólo expresión de un desarrollo efectuado sin rupturas. Dicho más agudamente, ¿se convirtió el antiguo "positivista" Radbruch, bajo la impresión del estado de injusticia nacional-socialista, en un "iusnaturalista"?[3].

Hay apartes en la obra de Radbruch con los que podría comprobarse un cambio semejante. Pero también es posible, sin dificultad, invocar citas en sentido contrario. Ya en 1919 Radbruch había apostrofado el positivismo como "fetiche al servicio del poder"[4] y aun antes en los *Grundzüge* (Rasgos

---

2 Sobre esto el interesante estudio de R. Dreier. "Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt", en *Staat und Recht*; Festschrift für Günther Winkler, 1997, pp. 193 y ss.

3 Ver A. Kaufmann. *Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, 1987, especialmente pp. 20 y ss. Sobre la persona de Radbruch recientemente las contribuciones de G. Spendel, Helga Einsele y Albert Krebs, en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 321 y ss., pp. 625 y ss., pp. 637 y ss.

4 G. Radbruch. *Ihr Jungen Juristen*, 1919, p. 13 = GRGA, T. 13, 1993, p. 36.

fundamentales) de 1914 se encuentra la frase: "No es posible concebir ninguna justificación para la validez del derecho notoriamente injusto"[5]. De otra parte, Radbruch tampoco se desligó por completo, aún bajo la impresión del Estado injusto, del positivismo jurídico. El nunca sacrificó la seguridad jurídica, como una parte esencial de la idea de derecho, a un vago pensamiento *iusnaturalista*. No hay la menor indicación de que Radbruch entonces hubiera pensado en una renovación de la idea "clásica" del derecho natural, de la cual pudiera deducirse, a partir de un concepto de naturaleza concebido substancialmente, un entero sistema de proposiciones jurídicas objetivas y siempre verdaderas. Lo que él estima y reconoce como derecho natural, a semejanza de Feuerbach[6], son determinados derechos subjetivos del hombre, anteriores a la legislación estatal e indisponibles pero, sin embargo, históricos, esto es, en esencia lo que caracterizamos como derechos fundamentales y derechos humanos[7].

Radbruch es un puente que sobrepasa las posiciones antagónicas de ayer; su filosofía del derecho, si se mira como un todo y no se entresacan arbitrariamente citas aisladas, tiene su ubicación más allá del derecho natural y el positivismo. Este puente lo construye en Radbruch antes que nada su *concepto del derecho*. En el derecho natural clásico se equipara el "derecho" con el valor jurídico absoluto de la justicia. Para el concepto jurídico del positivismo el contenido no desempeña en absoluto ningún papel. También el "derecho" injusto está cobijado por este concepto del derecho, en tanto se haya producido de manera formalmente correcta. El concepto de derecho de Radbruch, al cual se aferró a lo largo de su vida y no cambió nunca, no siguió ninguna de estas dos tendencias. El planteó de hecho una "tercera vía".

Para comprender el concepto de derecho de Radbruch se precisa decir algo sobre la génesis de su filosofía, así sea brevemente. Su punto de partida filosófico fue el neokantismo de la escuela suroccidental alemana, sobre

---

5 G. Radbruch. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, p. 171 = GRGA, T. 2, 1993, p. 161; también *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, pp. 177 y s. = GRGA, T. 2, 1993, pp. 315 y s.
6 Ver arriba p. 74.
7 Ver sobre todo Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947, pp. 94 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 150 y ss.

todo bajo la influencia del *principio teórico valorativo* de Emil Lask y, de otra parte, el *dualismo metodológico* de ser y deber ser[8]. Desde aquí diferencia el *comportamiento no valorativo* de las ciencias naturales, el *comportamiento valorativo* de la ética, en medio de ellos la *posición referencialmente valorativa* de las ciencias de la cultura y sobre ellas la *actitud valorativamente superadora* de la religión[9]. *El derecho*, que pertenece a la cultura, está *valorativamente referido*: es la *realidad que tiene el sentido de servir a la justicia*[10]. Este concepto de derecho es notable en dos sentidos. En primer lugar, no es *positivista*. El concepto positivista de derecho sólo indica que el derecho es un conjunto de normas de cualquier contenido, promulgadas de manera formalmente correcta (derecho "en sí" no existe en absoluto, esa es sólo una designación colectiva para las normas legales). Radbruch, por el contrario, subraya que únicamente tienen calidad de derecho las normas que se remiten a la justicia, que son orientadas por ella. En segundo lugar, el concepto de derecho de Radbruch no es *iusnaturalista*, pues el "derecho correcto" no es equiparable con el valor absoluto del derecho, de la justicia (los valores en sí no pertenecen, según la concepción teórico-valorativa de Radbruch, al mundo real sino sólo al ideal).

En Radbruch sólo hay derecho correcto "apróximadamente", pero él no aceptó jamás "derecho reprobable", ni aun en su período temprano. La doctrina de Radbruch sobre la invalidez de la "ley injusta", doctrina que causó gran sensación en 1946[11], es en el fondo sólo una consecuencia de su

---

8 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 5), pp. 87 y ss.; del mismo, *Wirklichkeit und Wert* = GRGA, T. 2, 1993, pp. 221 y ss.

9 *Idem*.

10 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 5), pp. 119 = GRGA, T. 2, 1993, p. 255. Del mismo anteriormente *Grundzüge* (nota 4), p. 29 y ss. = GRGA T. 2, 1993, pp. 46 y ss.; ver sobre esto *Vorschule* (nota 7), pp. 32 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 150 y ss.; Monika Frommel. "Die Kritik am 'Richtigen Recht'. durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz", en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 43 y ss. En *mi* opinión, no estamos nosotros en condiciones, por motivos teórico-cognoscitivos, de reconocer con suficiente precisión el "derecho correcto". Sólo es posible la comprensión de "derecho no correcto". Eso también en K. Larenz. *Richtiges Recht; Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979 (además se trata del problema de lo que es "derecho correcto", no sólo de principios generales de derecho).

11 Ver adelante, pp. 351 y ss.

concepto del derecho concebido mucho antes (ya en los *Grundzüge* de 1914); únicamente cambia el énfasis: en la primera época radica en la seguridad jurídica, en el período tardío, en la justicia material.

Radbruch desarrolló a partir de su definición del derecho una *teoría de la justicia*, y sin duda de los *contenidos de la justicia*. El había hecho esto ya muy tempranamente y el modelo elaborado por Radbruch es todavía la base de las discusiones iusfilosóficas de la justicia, aunque naturalmente el desarrollo no ha permanecido estancado desde su muerte. Radbruch tenía el deseo de reelaborar por completo su doctrina de la justicia, sobre todo quería superar un poco el primitivo principio relativista, pero eso no fue ya posible para él.

La teoría de la justicia de Radbruch[12] parte de que el principio de igualdad (tratar a lo igual de manera igual y a lo desigual desigualmente) rige sin duda absolutamente, pero tiene sólo carácter formal. Se tiene entonces que llegar a un principio de contenido, la *idea de fin*. Esta es material pero rige sólo relativamente, pues existen tres diferentes valores superiores del derecho, sin posibilidad de establecer entre ellos una jerarquía racional: el *individualista*, el *supraindividualista* y el *transpersonalista*. En aras de la *seguridad jurídica* es por eso necesario determinar autoritativamente el contenido del derecho. De nuevo la doctrina de Radbruch es no positivista, porque incorpora también valores, por cierto a costa del relativismo. Sin embargo, no es iusnaturalista porque no deduce de la idea jurídica “derecho absolutamente correcto”. Sobre esto se regresará otra vez en los capítulos IX, X y XI.

Todavía habrá de llamarse la atención sobre un punto. Radbruch superó, y en verdad desde el puro comienzo, el positivismo jurídico ortodoxo en la medida en que se declaró partidario de la *teoría objetiva de interpretación*[13]. El positivista jurídico consecuente tiene que favorecer “la teoría subjetiva de interpretación”, conforme a la cual el juez (y cualquier otro aplicador de derecho) tiene que atenerse sólo a la voluntad del legislador real, encarnada en la ley (lo que tomado con rigor presupone la ausencia de

---

12 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 5), pp. 119 y ss., 142 y ss., 164 y ss. = GRGA, T. 2, 1993, pp. 255 y ss., 278 y ss., 302 y ss.; ver adelante pp. 314 a 318.

13 *Ibid.*, pp. 205 y ss. = GRGA, T. 2, 1993, pp. 343 y ss.

lagunas en el orden jurídico). Por el contrario, para la teoría objetiva no interesa, por lo menos exclusivamente, lo que el legislador histórico haya querido en efecto, sino más bien lo que la ley, o mejor, un legislador *pensado* hoy tiene que perseguir razonablemente en esa situación concreta *hic et nunc.*

Muchos críticos han puesto en duda si la filosofía del derecho de Radbruch tiene en general un "sistema". Esta duda no es por completo injustificada, pues Radbruch no expuso de manera efectiva un "sistema cerrado" al estilo del derecho natural y del positivismo jurídico. Pero un "sistema abierto" es claro en su filosofía del derecho. Para ello hay una serie de puntos de apoyo; por ejemplo, la ya mencionada teoría objetiva de interpretación, la doctrina de los *criterios de clasificación* ("concepto de tipos")[14] y, especialmente importante, pero en general pasado por alto a pesar de haberlo destacado Radbruch en letra cursiva: la vuelta hacia la *hermenéutica jurídica*, y por cierto en relación con la refutación del positivismo[15]. Desde luego, no se puede mencionar a Radbruch como un hermeneuta en el sentido de Schleiermacher, Dilthey o Gadamer. Pero el pensamiento hermenéutico le fue familiar. ¿Qué significa esto: pensamiento hermenéutico?

IV. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

El derecho natural y el positivismo han prescrito el *concepto objetivo de conocimiento*, el *concepto jurídico ontológico-substancial (concepto legal)*, la *ideología de la subsunción* y la idea de un *sistema cerrado*. La hermenéutica declara la guerra a todos estos dogmas.

Según una definición de Friederich Ernst Daniel Schleiermacher, se entiende corrientemente por hermenéutica la "doctrina del arte de comprender". Si esto es cierto, en cambio no lo es la opinión difundida de que la hermenéutica sea un método entre otros métodos. Sin duda, tiene también funciones metodológicas, especialmente en las ciencias de comprensión

---

14 G. Radbruch. "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, T. XII (1938), pp. 46 y ss. = GRGA, T. 2, 1990, pp. 60 y ss.

15 G. Radbruch. *Vorschule* (nota 7), p. 76 = GRGA, T. 3, 1990, p. 191.

(*Verstehen*). Pero en su esencia la hermenéutica no es *ningún método* sino *filosofía trascendental*. Así fue ya en Schleiermacher, y también en los posteriores hermeneutas genuinos; por ejemplo, Dilthey, Gadamer, Ricoeur[16]. Es filosofía trascendental en el sentido de que ésta califica las *condiciones de la posibilidad de comprensión de sentido en general*[17]. Como tal no prescribe ningún método. Sólo dice bajo cuáles presupuestos alguien puede comprender algo en su sentido. Y puesto que no hay nada inaccesible al espíritu que comprende, la hermenéutica tiene carácter universal[18]. La *comprensión* (*no el método*) de la "física" o de la "religión" o de la "economía" se sucede bajo las mismas condiciones trascendentales que la comprensión del "derecho". Pero no se debe malinterpretar en ningún caso la universalidad de la hermenéutica como algo absoluto. La hermenéutica es una de muchas posibilidades de relacionarse con el mundo y con el derecho, y por eso ella no se puede cerrar frente a otras teorías, por ejemplo, la teoría analítica o la teoría de la argumentación. Ella se remite sin rodeos a la necesidad de tales teorías. Aquí sólo se expondrá breve y resumidamente cuáles son las condiciones de la posibilidad de conocer (más sobre el particular en el próximo capítulo).

La hermenéutica se orienta contra el *concepto objetivo de conocimiento*, elimina el esquema sujeto-objeto (el que conoce-reconoce el objeto en su pura objetividad sin mezclarle elementos subjetivos, o sea, conocimiento como "reflejo" del objeto en la conciencia), para el fenómeno de la comprensión (incluso en las ciencias naturales no rige hoy irrefutablemente). Más bien la comprensión es siempre *al mismo tiempo objetiva y subjetiva*, el comprendedor entra en el "horizonte de la comprensión" y no reproduce

---

16 Ver sobre esto muy claro J. Stelmach. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991, pp. 19 y ss.

17 Sobre esto especialmente H. G. Gadamer. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 5ª ed., 1986; P. Ricoeur. *Liebe und Gerechtigkeit*, 1990; del mismo, *Die Interpretation*, 1969. Otro material también en A. Kaufmann. *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993.

18 J. Habermas. "Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik", en *Hermeneutik und Dialektik*; Festschrift für Hans-Georg Gadamer, 1970, pp. 73 y ss. Ver también M. Frank. *Das individuelle Allgemeine*, 1977, pp. 147 y ss.: "Die Begründung des Universalitätsanspruchs der Hermeneutik".

de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido, sino lo *conforma*. O en otros términos: él no "subsume" simplemente el caso bajo la ley ni permanece en ese proceso completamente por fuera, sino que tiene en la llamada "aplicación del derecho" un *papel conformador activo*. Y así como es inútil buscar una "corrección objetiva" del derecho por fuera del proceso de comprensión hermenéutica, de la misma manera está destinado al fracaso todo intento de separar en las ciencias de la comprensión la racionalidad de la personalidad comprendedora[19].

Pero la abolición del esquema sujeto-objeto en el conocimiento no significa *ninguna vuelta hacia el subjetivismo* como, por ejemplo, en la situación ética o en el existencialismo de Sartre. El pensamiento hermenéutico no permanece prisionero de las casualidades del momento sino que vive el "legado" de la *tradición* como el "piso común del mundo abierto en el que nosotros estamos", de la "asegurada existencia de los conocimientos comunes de los que nosotros vivimos"[20]. La hermenéutica parte de "que quien quiera comprender está asociado a la cosa que llega con la transmisión del lenguaje y tiene empalme con la tradición o logra el empalme que habla desde la tradición"[21]. Y contra todos los racionalismos formalistas habría que decir otra vez que entre la tradición así entendida y la razón no hay ninguna contradicción[22].

La aplicación del derecho no es meramente un acto pasivo de subsunción sino un acto conformador en el que entra el aplicador del derecho; significa que el derecho no es *nada substancial*, no está, como se dice en el poema de Stifter, "en las cosas"; antes bien, todo derecho es algo *relacional*, se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas. Se entiende por sí mismo que para un pensamiento jurídico semejante sólo puede darse un *sistema abierto* y dentro de este sólo *intersubjetividad*.

---

19 Ver R. Wittmann. "Der existenzialontologische Begriff des Verstehens und das Problem der Hermeneutik", en W. Hassemer (Ed.). *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, pp. 41 y ss., 48.

20 W. Maihofer. *Naturrecht als Existenzrecht*, 1963, p. 44.

21 H. G. Gadamer. *Wahrheit* (nota 17), p. 279.

22 *Ibid.*, p. 265. También A. Kaufmann. "Recht und Rationalität", en *Festschrift für Werner Maihofer*, 1988, pp. 11 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 301 y ss.

La comprensión del significado no es un proceso meramente receptivo, puesto que es siempre también y ante todo una *autocomprensión* del sujeto cognoscente (el juez que opina que él infiere la decisión "sólo de la ley" y no también de su persona, en determinada forma caracterizada, sufre un extravío y en verdad funesto, pues permanece, inconscientemente, dependiendo de sí mismo[23]). Sólo cuando el comprendedor se aproxima al texto con una "pre-comprensión" (Josef Esser) o "pre-juicio" (Hans-Georg Gadamer) ("este podría ser un caso de culpa *in contrahendo*") estará en condiciones de abordarlo; sólo cuando él –con toda la tradición que porta– entra en el horizonte de la comprensión puede fundamentar argumentativamente lo que ya había anticipado como resultado "provisional" ("círculo hermenéutico" o "espiral")[24]. La hermenéutica no es teoría de la argumentación, pero ella exige ésta.

V. La teoría de la argumentación jurídica

Conforme a lo dicho antes, debería pensarse que la hermenéutica y la teoría de la argumentación jurídica están estrechamente hermanadas. Sin embargo, este no es el caso. La teoría de la argumentación proviene especialmente de la analítica, principal enemigo (hasta ahora) de la hermenéutica, y ese origen es también hoy todavía comprobable en casi todos los teóricos de la argumentación. No es aquí posible ni necesario referirse a todas las doctrinas de la argumentación jurídica, toda vez que, como lo anota Ulfrid Neumann,

---

23 Sobre ello detalladamente A. Kaufmann. "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", en *Festschrift für Karl Peters*, 1974, pp. 295 y ss.; también en *Über Gerechtigkeit* (nota 22), pp. 141 y ss. Muy apreciable R. Lamprecht. *Vom Mythos der Unabhängigkeit; Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, 2ª ed., 1996.

24 Sobre "círculo hermenéutico" ver en detalle A. Kaufmann. "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, pp. 7 y ss.; recientemente J. Stelmach (nota 16), pp. 54 y ss. Ver muy crítico W. Stegmüller. "Der sogenannte Zirkel des Verstehens", en *Natur und Geschichte*, X Deutscher Kongress für Philosophie, 1973, pp. 21 y ss. Aquí nuevamente Monika Frommel. *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, pp. 17 y ss. La acertada expresión "espiral hermenéutica" fue introducida por W. Hassemer. *Tatbestand und Typus; Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, *passim*.

no existe en absoluto *la* teoría de la argumentación jurídica[25]. Es dudoso, por ejemplo, que la "tópica" y la "retórica" puedan considerarse como variedades de la teoría de la argumentación. Incluso con respecto a la idea de *sistema abierto* que se ha asociado precisamente con la teoría de la argumentación, no existe acuerdo entre los teóricos de la argumentación. Hay quien sostiene que un sistema "abierto" no es un "sistema" en absoluto. Así y todo, ningún teórico de la argumentación aboga por un sistema cerrado al estilo del derecho natural o del positivismo. También es ajeno a la teoría de la argumentación el pensamiento de la subsunción. Una de sus más importantes nociones es la doctrina de interpretación debida a Savigny y aún hoy no por completo superada[26], según la cual hay sólo el número cerrado de cuatro "elementos" (*modi* de la argumentación): gramatical, lógico, histórico y sistemático (el positivismo exige esa delimitación), la cual se ha demostrado falsa[27]. Existen muchísimos más argumentos con los cuales pueden fundamentarse sentencias jurídicas y no solamente los cuatro mencionados; por ejemplo, garantía de la seguridad jurídica o de la justicia, valoración de consecuencias, sentimiento jurídico, practicabilidad, armonización jurídica, etc. *El número de posibles argumentos es en esencia ilimitado*. Un problema de central importancia para la teoría de la argumentación, pero también extraordinariamente difícil, es la cuestión relativa al *rango del argumento* (también lo es para otras teorías, como la del contrato, la del discurso, en general de la ética). Hay argumentos *fuertes* y *débiles*, "argumentos ganadores" y "perdedores". Hay reglas de precedencia de diferentes grados. ¿Pero existe un orden jerárquico que se apoye en puros criterios racionales, que sea *lógicamente obligatorio*? ¿O esto no es así y, como lo dice Karl Engisch, es la práctica de los Tribunales "escoger el método de interpretación de caso en caso, a fin de llegar a un resultado satisfactorio"?[28].

---

25 U. Neumann. *Juristische Argumentationslehre*, 1986, pp. 1 y s.

26 Esto vale sobre todo para K. Larenz, quien todavía en la 6ª edición de su *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1991) se aferra a los criterios "clásicos" de la interpretación, a pesar de la crítica (pp. 320 y ss.), sin dejar por eso campo para una verdadera teoría de la argumentación jurídica.

27 El principal mérito lo tiene Friedrich Müller; ver su *Juristische Methodik* en su 5ª edición (1993). Claro que otros nombres también han de mencionarse, por ejemplo, Josef Esser y Martin Kriele.

Nos encontramos ahora en medio de una discusión de metodología, que propiamente corresponde tratar en los siguientes capítulos. Por eso nos limitaremos a unos pocos puntos de vista que caracterizan a la teoría de la argumentación.

Se ha mencionado ya: *sistema abierto* o en general ningún sistema y en su lugar "pensamiento problemático".

Acto seguido: *ningún catálogo cerrado de cánones de interpretación*. Hay un ilimitado número de argumentos y todos tienen que admitirse en la libre esfera del discurso racional.

Hasta aquí van de la mano entre sí la teoría de la argumentación y la hermenéutica.

Pero luego: la teoría de la argumentación es *anti-hermenéutica*, porque ella percibe la hermenéutica como una metafísica irracional. Esto es, como ya arriba se había observado, un error. La hermenéutica es racional, sólo que ella se ocupa con procesos (total o parcialmente) irracionales (como es el caso en la aplicación del derecho), conforme a la siguiente divisa: tratar lo irracional en la forma más racional posible. Además, la teoría de la argumentación es *anti-ontológica*, a cuyo efecto la palabra "ontológica" se reduce irreflexivamente a "ontológico-substancial" (también la hermenéutica está en contra). Por lo demás, no cabe duda de que también la teoría de argumentación se apoya en implicaciones "ontológicas" (ciertamente no en "ontológico-substanciales")[29].

Finalmente, la teoría de la argumentación no comparte la supresión hermenéutica del esquema sujeto-objeto, sino que insiste en la *objetividad*[30],

---

28 K. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983 (reimpr. 1989), p. 82.

29 Esto lo concede también U. Neumann. *Rechtsontologie und juristische Argumentation; zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*, 1978. No se hace ciertamente con una simple presentación de esas implicaciones.

30 O. Weinberger. "Logik und Objektivität der juristischen Argumentation", en *Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, 1984, pp. 557 y ss. Pero Weinberger deja las cosas en su puesto: "Una objetivación cognitiva, que conduzca al derecho justo –en sentido absoluto– no existe; quien lo suponga como posible comprende mal, en mi opinión, la *conditio* humana con sus eternos esfuerzos y búsquedas en la esfera del conocer, así como en la esfera de la praxis". Ver también U. Neumann, en el cual se reconoce

conceptúa incluso la plenitud del argumento y la exclusión de casualidades[31]. Pero esta es sólo una pretendida objetividad, y en este punto la teoría de la argumentación no va más allá del derecho natural y el positivismo, como tampoco la teoría del derecho analítica ha tenido hasta ahora la capacidad de hacerlo. ¿Y no significa también esa pretendida objetividad una porción de "autoridad argumentativa", en lugar de pura "racionalidad argumentativa"?[32].

Característico para este "objetivismo" es también el hecho de que la mayoría de los teóricos de la argumentación no se preocupan del *problema del relativismo* o sólo lo hacen marginalmente. En ese reclamo de objetividad descansa esencialmente el que la mayor parte de los representantes de (una) teoría de argumentación, si no rechazan absolutamente el *pluralismo* en ciencia y filosofía, sí lo consideran un fenómeno que ha de enjuiciarse más bien negativamente, un criterio que no por casualidad comparten con la mayoría de los teóricos del discurso. Criterio, por lo demás, anacrónico, pues desde hace mucho tiempo se ha sabido que el pluralismo no es un obstáculo para el esclarecimiento de la verdad, sino un presupuesto muy importante para llegar a ella; por supuesto no a una verdad "objetiva" (que nosotros no podemos alcanzar –sólo la Iglesia puede a su manera pretenderla, por lo cual también sólo ella es anti-pluralista con un fundamento interno–), pero sí a una verdad *intersubjetiva*[33].

---

claramente una tendencia fundamentalmente objetivista, pero que sin embargo rechaza (con derecho) el "determinismo jurídico" (la aplicación del derecho como silogismo lógico-formal, como simple subsunción): *Argumentationslehre* (nota 25), por ejemplo, pp. 17 y ss. No debe omitirse que también *yo* antiguamente abogué por un punto de vista objetivista, pero que hace mucho lo abandoné: "Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus", en *ARSP* 46 (1960), pp. 553 y ss.

31 Ver J. Schneider/U. Schroth. "Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, p. 482, los cuales abonan el concepto mencionado en el texto de Robert Alexy.

32 Ver N. Horn. "Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation", en *RTh* 6 (1975), pp.145 y ss. En mi opinión exagera Horn, pero sin duda hay allí algo de verdad. Las posiciones "objetivistas" de ninguna manera son *per se* las más racionales.

33 A. Kaufmann. *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993, pp. 209 y ss., especialmente 219 y ss. Más detalladamente sobre pluralismo ver capítulo XX, III. No

Dejemos la última palabra a un teórico de la argumentación que se crió con la leche materna hermenéutica, pero luego descubrió su amor por la analítica. En referencia a un enunciado mío[34] dijo Ulfrid Neumann: "Ciertamente consenso e intersubjetividad, argumentación y reflexión no son un dominio del pensamiento hermenéutico. Pero la hermenéutica jurídica posibilita ese momento de intermediación con el texto, a diferencia de la teoría analítica del derecho. Mientras la teoría analítica tiene que separar radicalmente el significado del texto y la comprensión intersubjetiva, porque el significado del texto sólo puede determinarse conforme a reglas semánticas generales, el pensamiento hermenéutico posibilita una inclusión del texto en el proceso de constitución intersubjetiva de una "decisión" correcta[35].

VI. GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Un intento muy importante, ampliamente discutido sobre todo en el círculo jurídico anglo-americano (pero también escandinavo y polaco), de salir del dilema planteado por la controversia derecho natural-positivismo y de transitar una "tercera vía" presenta la teoría de *general principles of law*; particularmente se menciona en este contexto el nombre de Ronald Dworkin. Esto se justifica, pero otros nombres merecen también ser citados, por ejemplo, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, Carl Wellman[36]. De Alemania, donde los principios generales del derecho se han debatido desde hace mucho tiempo, ha de mencionarse sobre todo la fundamental

---

debemos olvidar en medio de los tormentosos acontecimientos de la época reciente que la *teoría marxista del derecho* ha buscado igualmente una "tercera vía" entre o más allá del derecho natural y el positivismo y tampoco omitamos porqué ella estaba llamada a fracasar necesariamente: la ciencia sólo puede cultivarse bajo relaciones libres, abiertas y pluralistas.

34 A. Kaufmann. "Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik", en *JZ* 1975, pp. 337 y ss. (primera publicación en italiano en 1973).

35 U. Neumann. "Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik", en W. Hassemer (Ed.). *Dimensionen* (nota 19), p. 56.

36 De la abundante literatura: Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*, 1985; del mismo, *Law's Empire*, 1986, especialmente pp. 211 y ss.; del mismo, *Bürgerrechte ernst genommen*

investigación de Josef Esser: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des privatrechts*[37]. En la esfera anglo-americana la diferencia de *general principles* y *rules* que se encuentra en el punto central de este intento tiene, por otra parte, un significado especial, porque allí el derecho es por principio *case law* y no derecho legislado. Pero además la teoría anglo-

---

(del inglés), 1978; N. MacCormick. "Principles of Law", en *Juridical Review* 19 (1974), pp. 217 y ss.; del mismo y otros (Eds.). "Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken", en *ARSP*-Beiheft 25, 1985 (allí, sobre el tema "principios y reglas del derecho": R. Alexy, S. Axinn, M. Henket, J. Llompart, J. W. Murphy, T. Schramm, R. A. Shiner, C. Wellman); A. Ross. *Directives and Normes*, 1968; A. Peczenik. "Principles of Law", en *RTh* 2 (1971), pp. 17 y ss.; del mismo, "Legal Rules and Moral Principles", en *RTh*-Beiheft 11 (1991), pp. 151 y ss.; M. D. Bayle. *Principles of Law, A Normative Analysis*, 1987. Sobre la utilización de las palabras *Rules* y *Principles* en el derecho anglo-americano ver W. Fikentscher. *Methoden des Rechts*, Vol. 2, "Anglo-amerikanischer Rechtskreis", 1975, por ejemplo pp. 82, 133 y ss.; Robert Alexy. "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *RTh*-Beiheft 1 (1979), pp. 59 y ss.; U. Penski. "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln", en *JZ* 1989, pp. 105 y ss.; D. Horster. "Die aktuelle Diskussion über die Funktion von Rechtsprinzipien", en *ARSP* 77 (1991), pp. 257 y ss.; R. Dreier. *Recht-Staat-Vernunft*, 1991, pp. 83 y ss.; J. Llompart. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, 1976; F. Bydlinski. "Fundamentale Rechtsgrundsätze in der Löwengrube", en *RTh* 22 (1991), pp. 199 y ss.; G. Marino. *Diritto*, *Principi*, *Giurisprudenza*, 1990. Interesante W. Lorenz. "General Principles of Law. Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities", en *American Journal of Comparative Law* 14 (1964), pp. 1 y ss. Especialmente sobre Dworkin: Claudia Bittner. *Recht als interpretative Praxis; Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*, 1988; J. R. Sieckmann. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990; del mismo, "Richtigkeit und Objektivität im Prinzipien-modell", en *ARSP* 83 (1997), pp. 14 y ss.; P. Mazurek. "Ronald Dworkins konstruktive Methode im Test des reflexiven Äquilibriums", en *Rth*-Beiheft 2 (1981), pp. 213 y ss.; J. Hund. "New Light in Dworkin's Jurisprudence", en *ARSP* 75 (1989), pp. 468 y ss.; J. Uusitalo. "Legitimacy in Law's Empire: Burke and Paine Reconciled?", en *ARSP* 75 (1989), pp. 484 y ss. Yo mismo desarrollé hace tiempo un modelo de "principios jurídicos", "reglas jurídicas" (leyes) y "decisiones jurídicas": A. Kaufmann. "Gesetz und Recht", en *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pp. 357 y ss. (también, del mismo, *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984, pp. 131 y ss.); ver también, del mismo, *Über Gerechtigkeit* (nota 22), 1993, pp. 245 y ss. Sobre esto se regresará en el capítulo IX.

37 1ª edición, 1956; 4ª, 1990. Ver también H. Coing. *Die Obersten Grundsätze des Rechts: Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, 1947; R. Laun. "Allgemeine Rechtsgrundsätze en Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie", en *Festschrift für*

americana trae una nueva e interesante nota a la discusión. La exposición siguiente se limita por ello en lo esencial a la doctrina de Ronald Dworkin.

Para hacer comprensible el punto de vista de Dworkin tiene que decirse algo breve sobre la doctrina de su maestro H. L. A. Hart. Desde su analítica positivista conoce Hart (además de la costumbre, en la que puede apoyarse el derecho, pero, en contra de John Austin, no únicamente) sólo "reglas" (la diferenciación entre reglas primarias y secundarias carece de importancia en nuestro contexto), las cuales son normativamente obligatorias. No obstante, esas *rules* no son siempre exactas; ellas dejan unas "zonas grises", unos "campos de juego inciertos". Cuando un caso difícil (*hard case*) no es inequívocamente cubierto por una regla jurídica, decide el juez según su apreciación. En el marco del campo de libre apreciación su decisión es siempre correcta.

En este punto, en el que termina Hart, comienza Dworkin, para quien la pura analítica no basta. El pregunta cómo un juez llega en casos difíciles, en los que existen diferentes concepciones jurídicas, a pesar de todo, a una determinada sentencia. En su opinión, esto es un problema de interpretación. Concibe la aplicación del derecho como un proceso interpretativo. Esto sólo no sería, sin embargo, nada fundamentalmente nuevo frente al punto de vista de Hart.

Lo nuevo es que Dworkin no sólo conoce "reglas" sino también *general principles of law* (él menciona principalmente tres valores fundamentales: justicia, imparcialidad y arreglo al Estado de derecho), los cuales –contra el concepto positivista– son jurídicamente vinculantes y por cierto para todos los poderes estatales: legislativo, judicial y ejecutivo. En este sentido considera su teoría directamente como *general attack on positivism*. Las diferencias entre "reglas" y "principios" las percibe Dworkin en que aquéllas tienen una función de todo-o-nada y con ello no dejan ningún espacio de juego, mientras éstos tienen la dimensión del peso y la significación (en nuestro derecho penal se expresan en la pugna entre las teorías de la flexibilidad y

---

Gustav Radbruch, 1948, pp. 117 y ss.; O. Höffe. *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1990; F. Bydlinski. *Fundamentale Rechtsgrundsätze; Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät*, 1988; A. Troller. *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, 1965.

de la penalidad puntual)[38]. Se habla también, sobre todo en relación con la *fuzzy logic*, de disposiciones comprometedoras y no comprometedoras (en esto se tiene muy poco en cuenta que la mayoría de las reglas también son poco nítidas y requieren interpretación, pues sólo los conceptos matemáticos –"18 años de edad"– son realmente determinados, unívocos, no permiten ningún campo libre, ningún compromiso)[39]. Sea como fuere, con la diferenciación entre "reglas" y "principios" estalla en todo caso el concepto de derecho positivista.

Según Dworkin, el juez tiene que tomar en cuenta los *general principles* sobre todo en la interpretación de los *hard cases*. El está convencido de que siempre puede darse *sólo* una solución correcta para cada caso. Ciertamente tiene claro que para el hallazgo de esta *única* solución correcta un jurista tiene que suponerse de capacidades sobrehumanas (Dworkin lo denomina "Hércules")[40], para el cual no hay nunca una elección, una discrecionalidad. Este "Hércules" es naturalmente una ficción, pero Dworkin a lo menos exige que el juez en el ejercicio de su arbitrio tenga en cuenta los *general principles of law* para el esclarecimiento de las "zonas grises" (Hart estimó que esta teoría tenía que tomarse completamente en serio, aun cuando al mismo tiempo llamó a Dworkin *the noblest dreamer of them all*).

Entre tanto la teoría de Dworkin ha sido atacada por muchos y modificada, sobre lo cual no es posible entrar aquí en detalles. El tema de

---

38 Sobre esto reciente: W. Grasnick. *Über Schuld, Strafe und Sprache, Systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie*, 1987. Con respecto al anterior texto A. Kaufmann, en *NJW*, 1988, pp. 2785 y ss.

39 L. Philipps. "Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, especialmente p. 275. Sobre la *fuzzy logic* ver arriba p. 82 y la nota 48. Básicamente sobre conceptos unívocos, equívocos, análogos, ver A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"*; igualmente un ensayo sobre la doctrina del tipo, 2ª ed., 1982, *passim*.

40 Sobre el "método herculiano" ver R. Dworkin, *Law's Empire* (nota 36), pp. 239 y ss. pp. 380 y ss.; del mismo, *Bürgerrechte* (nota 36), especialmente pp. 144 y ss.: "casos difíciles". Bien informado sobre el "método herculiano" de Dworkin, Claudia Bittner, *Recht* (nota 36), pp. 165 y ss., 185 y ss.; J. R. Sieckmann, *Regelmodelle* (nota 36), pp. 199 y ss. Ver también A. Peczenik. "Weighing Rights", en N. MacCormick y otros (Eds.). *Enlightment Rights and Revolution*, 1990, pp. 175 y ss.

los "principios generales del derecho" existe en el ámbito jurídico alemán, como ya se dijo, desde hace ya mucho tiempo. Recientemente se han hecho intentos también para encontrar la "tercera vía" en principios jurídicos semejantes. Karl Larenz, por ejemplo, quiere lograr el "derecho correcto" sólo sobre principios jurídicos: *pacta sunt servanda*, buena fe, principio de culpa, principio de igualdad de trato, principio de proporcionalidad y todavía algunos otros más[41]. Uno entre los muchos problemas que aquí asoman es el de si los principios generales del derecho no resultan demasiado abstractos y pobres de contenido como para que *solo* de ellos pudiera llegarse a concretas decisiones jurídicas correctas; ¿y existe siempre, como opina Dworkin, sólo *una y única* solución correcta, así sea exclusivamente para un "Hércules"? ¿O más bien, no es de tal manera que para lo normativo precisamente no se dan las modalidades propias de lo descriptivo, así como "imposible", "necesario", "obligatorio", sino preferentemente aquellas como "plausible", "concordante", "acertado", de modo que muchas diferentes proposiciones jurídicas sobre el mismo problema podrían ser igualmente "plausibles" (el jurista habla más gustosamente de "sustentable") y en ese sentido "correctas"?[42]. Esta pregunta no será fácil de responder.

---

41 K. Larenz. *Richtiges Recht; Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979. No deja de ser interesante que Larenz ya mucho más temprano (precisamente en su *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2ª ed., 1935, pp. 150 y ss.) había hablado de un punto de vista "más allá del derecho natural y el positivismo". Sobre "teoría de los principios" ver sobre todo R. Dreier. *Recht* (nota 36), pp. 83 y ss., 113 y ss. Si yo entiendo correctamente a Dreier, entonces para él es idéntico el "principio jurídico" con lo que se llama "derecho" en el artículo 20, aparte 3 de la Ley Fundamental; según este artículo el poder ejecutivo y la jurisdicción están "ligados a la ley y al derecho", lo que significa también una "tercera vía", pues hasta ahora se decía (y todavía se dice en el art. 97 de la Ley Fundamental), en el sentido estrictamente positivista, que "el juez sólo está sometido a la ley". El aparte 3 del artículo 20 es una muy valiosa novedad, aunque ciertamente hay que observar que el reconocimiento de que la ley y el derecho no son la misma cosa, en lo esencial, es muy antiguo, sólo que se olvidó en el positivismo. Me parece por lo demás dudoso que el concepto de derecho aquí utilizado venga a ser lo mismo que el principio de derecho. Sobre esto se dirá todavía algo más en el capítulo IX.

42 Ver sobre esto A. Kaufmann. "Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (1989), pp. 1 y ss.; del mismo, "Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft; Ansätze zu einer

En completa oposición a eso muchos teóricos del discurso insisten hoy (Karl-Otto Apel, Jürgen Habermas) en una "fundamentación final" de los juicios normativos, sin mayor reflexión sobre el relativismo teórico-valorativo, que fue expuesto sobre todo por Gustav Radbruch. En un cierto sentido también las *teorías del consenso y el discurso*, de las que hoy tanto se habla, caen bajo el título "tercera vía"; esto se reservará, sin embargo, para el capítulo XVIII.

VII. CRITICAL LEGAL STUDIES

En los últimos tiempos se dirige la atención de los expertos también a los *critical legal studies*. Este movimiento se enfrenta sobre todo al *economic analisys of law* y con ello contra el positivismo jurídico empirista. Por otra parte, niega a la dogmática jurídica el derecho a ser un método autónomo de aplicación jurídica, y percibe el derecho como un conglomerado de reglas sociales. Hasta ahora es, sin embargo, sólo difícilmente generalizable. Robert Unger, uno de los principales representantes de los *critical legal studies*, persigue básicamente la fundamentación de una teoría de la emancipación humana. Para eso ejerce una crítica radical al modo de pensar jurídico tradicional, que en su opinión se expresa especialmente en el formalismo y el objetivismo. En torno a eso se polemiza también entre hermenéutica jurídica y teoría de la argumentación, como ya algo se dijo anteriormente. El movimiento de los *critical legal studies* está todavía poco desarrollado; pero ha de señalarse que sus posteriores progresos merecen ser seguidos con cuidadoso interés[43].

En el tiempo transcurrido desde la primera edición (1994) hasta hoy (abril 1997) no se han producido, a lo menos visiblemente, progresos notables en este campo.

Konvergenztheorie der Wahrheit", en *ARSP* 72 (1986), pp. 425 y ss.; ambos ensayos ahora en A. Kaufmann. *Über Gerechtigkeit* (nota 22), pp. 155 y ss., 259 y ss. Ver también, del mismo, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1989, p. 6. En contra, A. Aarnio. "Das regulative Prinzip der Gesetzesauslegung; Überlegungen zum Problem der Möglichkeit der einzig richtigen Entscheidung", en *RTh* 20 (1989), pp. 409 y ss.

43 Para información sirve por el momento S. P. Martin. "Ist das Recht mehr als eine blosse soziale Tatsache?; Neuere Tendenzen in der anglo-amerikanischen Rechtstheorie", en *RTh* 22 (1991), pp. 525 y ss.; sobre *critical legal studies*, pp. 527 y ss.

CAPÍTULO QUINTO

Reflexiones sobre la práctica de la teoría científica del derecho

I. LITERATURA

Dreier, R. "Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft", en *RTh2* (1971), pp. 37 ss. (allí literaura); Herberger, M./D. Simon. *Wissenschaftstheorie für Juristen; Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften*, 1980; Kaufmann, A. "Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft; Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit", en *ARSP* 72 (1986), pp. 425 ss. (allí literaura); del mismo, "Die Rechtswissenschaft in der Spannung zwischen Normativität und Wissenschaftlichkeit", en *Zukunft der Wissenschaften*; Studium Generale, Sommersemester 1986, ed. de la Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg, 1986, pp. 24 ss.; Larenz, K. *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1966; Müller, F./R. Christensen/M. Sokolowski. *Rechtstext und Textarbeit* (Schriften zur Rechtstheorie, 179), 1997; Neumann, U. "Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft", en Kaufmann, A./W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 422 ss. (allí literaura); Nörr, D. *Divisio und Partitio; Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, 1972; Rottleuthner, H. *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973; Schröder, J. *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, 1979; Troje, H. E. "Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts", en Blühdorn, J./Ritter, J. (Eds.). *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 1969, pp. 63 ss.; Weinberger, O. "Der Wissenschaftsbegriff der Rechtswissenschaften", en *Wissenschaftsbegriff in den Natur- und Geisteswissenschaften*; *Studia Leibnitiana*, Sonderherft 5, 1975.

II. LA SENTENCIA JUDICIAL, ¿UNA COPIA EXACTA DE LA LEY?

Saber si la ciencia del derecho es realmente una ciencia no sólo depende, pero desde luego muy esencialmente, de que el método jurídico llene los requerimientos científicos. Bajo el dominio de la teoría de la ciencia y del derecho positivista en el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX, incluso hasta hoy, esa pregunta se ha contestado predominantemente por la afirmativa. Aplicación del derecho sería la subsunción del caso bajo la ley, y esta subsunción no sería nada distinto a la más sencilla y más segura inferencia, es decir, un silogismo según el *modus barbara* (sobre esto hablaremos en el próximo capítulo). Pero las realidades no pueden desaparecerse con teorías. La aplicación del derecho no es sólo, ni lo es en primera línea, una conclusión silogística, lo cual ya no es ningún secreto. Aquellos que todavía hoy sostienen el dogma de la subsunción se asemejan a los fumadores en nuestros días: ellos lo hacen en verdad, pero no encuentran en esto el mismo placer de antes.

Al describir el método, simplificando un poco como el procedimiento ajustado a un plan fundamentalmente racional, cuya finalidad es el conocimiento de un objeto (que no necesita ser substancial), surgen ya dificultades en el método jurídico, en atención a que el rasgo de "conformidad al plan" remite al de "sistemático". Durante mucho tiempo se abandonó la jurisprudencia al *pensamiento deductivo en sistemas cerrados*, que fue especialmente válido en la ciencia y que aún hoy rige para algunos. Las grandes codificaciones "iusnaturalistas" de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX (por ejemplo, el Derecho Interno General Prusiano de 1784 o el *Code Napoleón* de 1804) entran en escena con la pretensión de una obra legislativa *cerrada, acabada, no necesitada de explicación*, *que responde a todos los problemas jurídicos posibles*. El propio Paul Johann Anselm v. Feuerbach exigió prohibir interpretaciones jurídico-criminales del Código Penal Bávaro de 1813 (el primer Código Penal moderno en general), que en lo esencial era obra suya, y eso fundado en motivos jurídico-estatales: la división de poderes. El juez debe atarse "a la rigurosa y desnuda letra de la ley", "su actuación no debe ser nada distinto a comparar el caso dado con su letra y, sin consideración al sentido del espíritu de la ley, condenar cuando el texto literalmente condena y absolver cuando absuelve"[1]. Ya antes Montesquieu había delineado esa esclavitud a la ley e incluso más tajantemente: la actividad de decisión judicial sólo tiene el significado de un *pouvoir neutre*. El juez realmente puede ser excluido del poder del Estado porque él no es un órgano dotado con voluntad propia. Pues las sentencias no pueden ser nada diferente a "una copia exacta de la ley" y para eso "sólo necesita ojos"; el juez es únicamente *la bouche qui prononce les paroles de la loi,* "una criatura sin voluntad", que no puede atenuar la validez y rigor de la ley, y el poder judicial es, en consecuencia, "en cierto sentido igual a cero"[2].

Naturalmente, hoy nadie ve más en el juez a un autómata de la ley, que sólo necesita leer el texto de una norma para derivar de ella la decisión en forma puramente deductiva. Hace mucho tiempo que el dogma de la *plenitud y la ausencia de lagunas del orden jurídico* ha sido removido, y, puesto que no

---

1 P. J. A. von Feuerbach. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, 1804, II, p. 20.

2 Ch. Montesquieu. *De l'Esprit des lois*, libro XI, capítulo VI.

se puede desconocer la prohibición de denegar justicia, corresponde al juez la tarea creadora de llenar las lagunas. Al comienzo ese paso se dio, sin embargo, sólo de manera vacilante. Uno piensa que Karl Bergbohm, todavía a finales del siglo pasado, declaraba tranquilamente que la ley no tiene lagunas; lo que no cayera bajo ella sería "espacio libre de derecho"[3]. Cuando Ernst Zitelmann publicó en 1907 su escrito *Lagunas en el derecho*, se vio en la *creación del derecho*, en la que el juez actuaba productivamente, sólo un raro caso de excepción del método jurídico. El punto esencial, como se dijo casi al unísono, radicaba ahora como antes en la *aplicación del derecho*, dentro de la cual sin duda la ley podría ser interpretada hacia su "posible sentido literal", lo cual de igual forma no es en esencia nada distinto a un silogismo[4]. La *imperfección* de la ley es considerada también hoy por la mayoría de los juristas como un *defecto* y en consecuencia ellos hacen todo para remediar ese defecto mediante una avalancha legislativa desmesurada.

Los que piensan seriamente esto mediante *contratendencias juridificadoras* predican oídos sordos, y aquellos que están dispuestos a discutir y argumentar en un *sistema* realmente *abierto* son, en resumidas cuentas, un pequeño puñado; la mayoría quisiera más bien ligarse a "la letra desnuda y rigurosa de la ley" y con ello liberarse de toda responsabilidad propia. Ningún riesgo, esta es la divisa (regresaremos sobre el punto en el capítulo XX).

III. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA Y EL DOGMA DE LA SUBSUNCIÓN

Hasta dónde está dominada la jurisprudencia por la idea de la subsunción (la aplicación del derecho es una conclusión puramente deductiva de la ley) que infortunadamente todavía aquí y allá en las universidades se enseña, se señala con toda claridad en la escandalosa resolución del Tribunal Federal de Justicia en el caso de la "huelga (bloqueo), pasiva"[5]. Para no ser malin-

---

3 K. Bergbohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892 (reimpr. 1973), pp. 371 y ss. (especialmente).

4 Sobre esto R. Voigt (Ed.). "Gegentendenzen zur Verrechtlichung", en *JbRSozuRTh*, T. 9, 1983.

5 *BGHSt* 35, p. 270. Mahatma Gandhi sorprendentemente sostuvo un punto de vista parecido al del BGH; ver abajo, pp. 532 y 533, nota 24.

terpretado en un punto decisivo, quisiera subrayar que aquí no interesa el problema acerca de la corrección o falsedad de esa sentencia en el aspecto jurídico-material[6]. Solamente importa saber si el Tribunal Federal de Justicia fundamentó su opinión en ese problema conforme a las reglas de un método científico. Cuando el Tribunal dice que la condena de ambas mujeres (meritísimas para los intereses públicos), que bloquearon la calle frente a un depósito de municiones para reclamar la paz, estaría completamente libre de valoraciones, resultante conforme a puros criterios objetivos, o sea que el caso se ha subsumido por entero *lege artis* bajo la ley, no puede apreciarse esto de otra manera que como un subterfugio. Subsunción en esta o aquella dirección; bajo el socavado concepto de la "fuerza"[7] en los parágrafos de coacción del § 240 del Código Penal no se puede "subsumir", y en absoluto tampoco bajo la caracterización legal de "reprobable". Cuando el Tribunal destaca como medida para el examen de reprobación, en lugar del "sano sentimiento del pueblo", que proviene de los tiempos del nazismo, el "sentimiento jurídico del pueblo" se trata sólo de una querella de palabras sin ninguna substancia (entretanto, la mitad de los jueces en el Tribunal Federal Constitucional, que se ha ocupado del asunto, considera inconstitucional el § 240 del Código Penal a causa de su indeterminación). Sobre bases muy endebles se encuentra también la afirmación según la cual del § 240 se infiere que es sólo el fin próximo (bloqueo de la calle) lo que importa, pero no el probablemente noble fin lejano (la exhortación por la paz). Pues, en últimas, en todos los motivos de justificación ocurre de manera tal que el "fin próximo" cae bajo el tipo legal de una ley penal (muerte del agresor), pero el "fin lejano" ("fin lejano" no porque temporal y espacialmente estuviere alejado de la acción tipificada sino porque se encuentra más allá del tipo legal) justifica el hecho por entero (salvación de la propia vida). Sería razonable proceder también de esta manera respecto del § 240 aparte 2 del Código Penal. La aseveración de que no se habría podido decidir así porque lo prohíbe la ley no es sostenible, pues en el § 240 del Código Penal nada se dice de fines próximo y lejano. Estos

---

6 Mi propio punto de vista jurídico en *NJW* 1988, pp. 258 ss.

7 Detalladamente sobre el concepto de "fuerza" ver A. Kaufmann. *Gerechtigkeit, der vergessene Weg zum Frieden*, 1986, pp. 86 y ss.

no son más que *argumentos aparentes* que distorsionan al sostener que los propios jueces no tendrían ninguna opinión en este problema y en modo alguno juicios de valor, por lo cual supuestamente éstos no habrían entrado en la decisión. En realidad tenían los jueces del Tribunal (a lo menos la mayoría) una idea muy precisa al llegar al proceso: huelgas pasivas (o de ocupación) no pueden tolerarse (en lo que pueden tener razón). En un aparte de la sentencia se evoca esto vagamente: si no se sanciona "se provocarán incalculables repercusiones sobre el sistema jurídico-penal en su conjunto". Si esto hubiera sido hecho en el sentido de una *interpretación consecuentemente orientada* a soportar los pilares de la decisión, podría leerse la resolución de otra manera. Pero el Tribunal de Justicia Federal tiene allí sus propias dificultades[8]. Pues el mencionado argumento tiene que obrar también para otros bloqueos de calles, en parte más graves; por ejemplo, cuando los campesinos con sus tractores cierran a lo largo de kilómetros las vías; pero se sanciona sólo a los demostrantes por la paz, con un fundamento no por completo incomprensible: las demostraciones de campesinos preocupan menos al Estado, pues en las manifestaciones por la paz el Estado se siente profundamente herido y provocado, sospecha el reproche de "enemigo de la paz", que no puede dejarse imputar. Fue una pura *decisión*, ningún reconocimiento de que los objetivos finales de los bloqueadores pacifistas no serían relevantes; sin duda fue un *acto de autoridad*, lo cual no tiene por qué asustar, pues el orden jurídico no puede existir como orden de paz sin el apoyo de la fuerza. Sólo que uno tiene que reconocer ese poder y no pretextar discernimientos jurídicos.

---

8 La interpretación orientada a las consecuencias cumple un papel destacado en la moderna teoría de la argumentación (en la praxis de los tribunales por supuesto también, pero todavía se vacila en reconocerla como un medio de interpretación de igual valor al de los cuatro cánones clásicos; sólo se abre la puerta a medias). Entre los números escritos: W. Hassemer. "Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze", en *Festschrift für H. Coing*, T. I, 1982, pp. 493 y ss.; Gertrude Lübbe-Wolf. *Rechtsfolgen und Realfolgen: Welche Rollen können Folgeerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, 1981; T. Wälde. *Juristische Folgeorientierung*, 1979; H. Rottleuthner. "Zur Methode einer folgeorientierten Rechtsanwendung", en *ARSP*-Beiheft N. F. 13, 1980, pp. 97 y ss. Ver recientemente sobre todo la fundamentada monografía de Martina R. Deckert. *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995.

Yo reconozco con entera franqueza que frente a tal tipo de conductas, como las de los bloqueos ya mencionados, no soy objetivo ni dejo de tener una opinión política. Y puesto que soy consciente de esto, me esfuerzo en mis juicios científicos por objetivar y neutralizar en lo posible esas apreciaciones valorativas subjetivas, pero también consciente de que no lo lograré nunca por completo. Excluyo sin vacilaciones que los jueces del Tribunal Federal puedan hacerlo. ¿Quién puede hacerlo? Yo fui durante unos años juez penal de profesión (en asuntos de la Gran Sala Penal y del Tribunal de Jurados de esos tiempos). Se trataba entonces, en los años cincuenta, sobre todo del enjuiciamiento de crímenes del nazismo. Yo no estaba en capacidad de tener una posición objetiva frente al nacionalsocialismo. Sobre eso tenía completa claridad. Cuando los jueces del Tribunal Federal pretenden ser por completo objetivos se tendrá que presumir que ellos no han querido incluir deliberadamente en sus ponderaciones sus valoraciones y convicciones políticas[9]. Quien conoce el trasfondo de esa jurisprudencia no puede dudar que para los jueces fue muy desagradable tener que condenar por extorsión (coacción o violencia) a dos mujeres, ambas notables personalidades de la vida pública, esto es, sindicarlas de una conducta "reprochable". Por eso escriben en la sentencia, apenas veladamente, que ellos no se habían propuesto formular valoraciones, que más que nada a las dos encausadas las habría condenado la letra de la ley. ¿Qué dijo Montesquieu sobre los jueces? Un "instrumento carente de voluntad" los llamó, cuya sentencia no es nada distinto a "una copia exacta de la ley". Yo no planteo en absoluto la cuestión de si los jueces estaban convencidos de fallar correctamente, ni en manera alguna afirmo que en el resultado hubieran sentenciado falsamente. Critico sólo el método con el que han fundamentado la sentencia.

El análisis de la sentencia da por resultado: al contrario de lo que se dice en el texto de la decisión, los jueces tuvieron en el asunto un *prejuicio o*

---

9 Ver amplio y concluyente en el sentido del texto: R. Lamprecht. *Vom Mythos der Unabhängigkeit; Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, 2ª ed., 1996; digno de consideración también J. Llompart. "Von der Wortlosigkeit der Wertabstinenz in der Philosophie und Theorie des Rechts", en G. Haney y otros (Eds.). *Recht und Ideologie*; Festschrift für Hermann Klenner, 1996, pp. 147 y ss.

una pre-comprensión. Que lo hubieran tenido no es motivo para reprocharlos, pues toda comprensión comienza con una pre-comprensión[10]; sólo que eso tiene que evidenciarse, reflejarse, introducirse en la argumentación y, en caso dado, estar dispuestos a corregirlo. Fue lo que no hicieron los jueces. No daña la credibilidad el que el juez en las sentencias (por lo menos en las causas penales) junto a los fundamentos legales también acredite sus motivos personales. Pero desde luego, tal exigencia tiene que parecer un sacrilegio a quienes se aferran a un concepto de conocimiento objetivista, al esquema sujeto-objeto en el conocimiento y a un concepto jurídico ontológico-substancial. Y que el artículo 97 aparte 1 de la Ley Fundamental (= § 1 GVG = § 25 DRiG), según el cual el juez "sólo está sometido a la ley" y en el cual justamente debe residir la independencia judicial, es pasado en la realidad del todo por alto, como tranquilamente lo reconoce cualquier juez, no obstante que la apariencia tiene que guardarse. En el capítulo IX se discutirá en detalle el artículo 20, aparte 3 de la Ley Fundamental, cuyo contenido es completamente distinto.

Según esto el Tribunal no escribe la mayor parte de sus verdaderos motivos en la sentencia. Esto es, en cierta medida, también inevitable. El juez no puede reflejar cada posición y dar razón para ella. Pero en una causa penal que excita los ánimos de muchísimas personas honestas, como es el caso en los bloqueos pasivos, debería ya el Tribunal haber ofrecido algo más que una sentencia. Por lo demás, hay que pensar también que para la ciencia y la investigación los *motivos ocultos de la sentencia* son un fastidio. Es difícil analizar tales sentencias[11].

En resumen, los motivos aducidos por los jueces del Tribunal Federal en la sentencia son reconocidamente *fundamentos aparentes*. Con esto

---

10 Ver sobre todo H. G. Gadamer. *Wahrheit und Methode*, 5ª ed., 1986, pp. 281 y ss. (éste habla en forma que da lugar a interpretaciones falsas de "prejuicio"; esta palabra tiene un sentido negativo en el lenguaje corriente), y J. Esser. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2ª ed., 1972, especialmente pp. 136 y ss. Además (con numerosas referencias) A. Kaufmann. *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993, pp. 51, 74 y ss., 92 y ss. De tiempo reciente: T. Gizbert-Stunicki. "Das Vorverständnis im Begriff der juristischen Hermeneutik", en *ARSP* 73 (1987), pp. 467 y ss.; J. Stelmach. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991, pp. 56 y ss.

11 M. Kriele. *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., 1976, pp. 218 y ss.

naturalmente se toca un tema difícil. Pero en verdad ese no es otro cargo contra el Tribunal. Sobre todo los representantes del *movimiento de derecho libre*[12], Hermann Kantorowicz, y en el punto que aquí interesa en especial Ernst Fuchs, condenaron la "cripto-sociología" y la "judicación secreta" que son unos de los motivos esenciales para el alejamiento de la realidad de muchas sentencias del Tribunal. Ernst Fuchs sindica al método "deductivo", "escolástico", "metafísico", "abstracto" entonces y aún hoy favorecido y exige uno nuevo, "inductivo", "moderno". Los pregoneros del *derecho libre* pudieron exagerar en algunos puntos (Kantorowicz: hay más lagunas que leyes); sin embargo, no se puede de ninguna manera olvidar su *petitum*. El pensamiento *puramente* deductivo (se indicará igualmente que tampoco se avanza con *pura* inducción) rige todavía hoy (es tenido también como científico; incluso, según Popper, la única fórmula final admitida en la ciencia). Por cierto se ajusta exactamente a eso una acertada frase de Fritz Brecher: "Justamente en argumentaciones pedantemente minuciosas, pensadas con una medida extrema de agudeza y precisión, tenemos frecuentemente la impresión de que algo no está bien"[13]. Y aun cuando una sentencia judicial, en general un conocimiento jurídico, no tiene que ser "verdadero" como un juicio sobre hechos ("a" es rojo), sí tiene que *concordar*[14].

Sobre el resultado a que llegó el Tribunal Federal, esto es, la penalización de los encausados por ocupación violenta, se puede discutir. Pero no puede haber ninguna duda razonable sobre que el método seguido por el Tribunal no llena los requerimientos científicos.

Ahora, podría llegarse a pensar que sería deseable que el aplicador del derecho, sobre todo el juez, comprenda su actividad como una subsunción en el sentido de un silogismo lógico, pues entonces respetará más fácilmente

---

12 Detalladamente con ejemplos: A. Kaufmann. "Freirechtsbewegung; lebendig oder tot?", en *JuS* 1965, pp. 1 y ss.

13 F. Brecher. "Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht", en *Festschrift für A. Nikisch*, 1958, pp. 227 y ss., 236.

14 Ver sobre esto K. Sobota. "Stimmigkeit als Rechtsstruktur", en *ARSP* 77 (1991), pp. 243 y ss. También K. Larenz. "Die Bindung des Richters als hermeneutisches Problem", en *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, 1973, pp. 291 y ss., especialmente 299.

los límites de la aplicación de la ley que si es consciente de que ésta tiene en esencia carácter analógico. La analogía implica en sí misma sin duda notables peligros, pues sus límites son difíciles de demarcar. Para obtener conclusiones analógicas correctas se requieren conocimientos teorético-lingüísticos (ver adelante pp. 246 y ss.). Visto así, mucho habla a favor de aferrarse a la idea de que la aplicación del derecho no sería nada distinto a una subsunción. Esto se puede oír en la praxis jurídica cuando uno se mantiene en los linderos de la subsunción. Eso, sin embargo, no es lo que se hace en todas partes. Sobre la interpretación "extensiva", "objetivo-teleológica", y particularmente sobre el "posible sentido literal" se va hacia una extensión de la ley, que en nada está a la zaga de la analogía. El "posible sentido literal" no es nada diferente a la analogía, sólo que con otro nombre, lo cual engaña al aplicador del derecho en que no se trata de analogía prohibida para el derecho penal. La caracterización de un bloqueo pasivo, dirigido a exhortar a la paz, como "utilización reprobable de la violencia" (ver pp. 115 y ss.), o del ácido clorhídrico como "un arma" (ver adelante pp. 152 y ss.), es colocarse en medio de una analogía prohibida.

Con esto se señala, empero, que la noción de que en tal clase de casos no se trata de analogía es la más peligrosa, en comparación con la idea de que es analogía, porque al decir eso el problema de los límites de la interpretación y el de la prohibición jurídico-penal de la analogía no se hacen en absoluto visibles.

Numerosos ejemplos permiten confirmar que no se logra mucho con la racionalidad del método jurídico, tal como se practica efectivamente. Algunos pocos serán aquí suficientes.

En múltiples leyes de nuestro orden jurídico aparece el estereotipo de las *buenas costumbres*. Incluso en el derecho penal se encuentra esto, por ejemplo, en la reglamentación del consentimiento en lesiones personales; según el § 226 a del Código Penal deberá sancionarse, a pesar del consentimiento, cuando el hecho contravenga las "buenas costumbres". Un *concepto jurídico indeterminado* como éste, mejor dicho una *cláusula general* semejante, no habría de pertenecer al Código Penal, así como en el ejemplo anterior tampoco la característica de "reprobable"[15]. Pero allí está actualmente, ¿y

15 Ver W. Naucke. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973; F. Haft.

qué puede hacer el Tribunal? Este "interpreta" las "buenas costumbres" como *el sentimiento de decoro de todos los seres pensantes razonables y justos*[16]. ¿Quiénes son esas personas y quién puede saber que ellas piensan razonable y justamente? Pues ningún otro al propio juez, que se identifica (necesariamente) con ese tipo de persona. Alguna vez, hace tiempos, se citó a un académico ante el juez penal porque en un duelo estipulado con espadas hirió de gravedad a su enemigo, que naturalmente estaba de acuerdo con el duelo. En última instancia habría de decidir el Tribunal si un duelo estipulado con espadas es contrario a las buenas costumbres[17]. El Tribunal de Justicia Federal coloca la mira de nivelación del "sentimiento de decoro de todos los seres pensantes razonables y justos" y decide: no es contrario a las buenas costumbres. Pues también entre los enemigos de las estipulaciones de duelo con espadas "se encuentran distinguidas personalidades que, por diferentes motivos, no se quieren ver amenazadas con sanciones criminales. No puede decirse en absoluto que *todas* las personas razonables y justas estén de acuerdo con la inmoralidad de la estipulación del duelo". Se puede apostar que no todos los jueces de la Sala decisoria eran enemigos de la estipulación del duelo y que si lo hubiesen sido la sentencia se hubiera pronunciado de otra manera. Naturalmente cometo yo aquí otro sacrilegio, pues domina el dogma de la objetividad del juez. Puesto que ellos conocen el derecho en forma completamente objetiva, sin mezclas subjetivas y sólo subsumen bajo la ley, llegan todos los jueces con respecto a la misma causa a resultados iguales. Y si la praxis no coincide con ese dogma, peor para la praxis.

La sentencia sobre las estipulaciones del duelo (fechada en enero 29 de 1953) ha despertado muchas críticas. Los ataques más fuertes contra el Tribunal han sido formulados por Eberhard Schmidt. Sus comentarios

---

"Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht", en *JuS* 1975, pp. 477 y ss.; G. Teubner. *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, 1971. Muy conocido J. W. Hedemann. *Die Flucht in die Generalklauseln; Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933.

16 Sobre esto H. Haberstumpf. *Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, 1983.

17 *BGHSt* 4, pp. 24 y ss., especialmente 32.

concluyen con las siguientes palabras: "El § 226a no exige al Tribunal comprobaciones efectivas sobre la forma de pensar de fulano y zutano y otras 'distinguidas personalidades', sino la elaboración de un juicio de valor judicial autónomo, conforme al cual han de juzgarse las 'distinguidas personalidades'"[18].

Ahora bien, ¿es esto tan correcto? Difícilmente. Por lo demás, un año después la Gran Sala Penal suministró la deseada medida de valor judicial, al fundamentar en una *ley objetiva moral inalterable* su decisión, ya mencionada en las páginas 31 y ss., sobre la obscenidad de las relaciones sexuales entre prometidos[19]. ¿Y esto no tendrá nada que ver con la personalidad del juez?

Un tópico muy utilizado, mediante el cual se motivan decisiones judiciales, es el de la *opinión común*[20]. Esto suena un poco a consenso y convergencia. Sin embargo, ¿cómo se llega a ella? En ningún caso mediante el conteo total de opiniones, máxime cuando el principio democrático de la mayoría no rige con certeza para las decisiones judiciales. Para que la "opinión común" sea un argumento útil tiene que acreditarse *cualitativamente*, lo cual implica, sobre todo, tomar también en serio la minoría cuanto más si ella, a lo mejor, tiene razón. Pero para la mayoría de los Tribunales "opinión común" es simplemente un hecho que ellos toman de la literatura especializada. Si uno, como teórico científico, imagina que una máxima semejante –"tiene razón la opinión común"– se universalice, no puede menos de sentir que se erizan sus cabellos.

La frase "opinión común" traiciona involuntariamente algo sobre la calidad de los métodos jurídicos en uso: se trata de *opiniones*, sólo de opiniones, no de conocimiento. Sobre esto ya el fino poeta Friedrich Logau (1604-1655) había expresado en versos que vienen a propósito: "Es dudoso que la recta razón jurídica haya sido alguna vez conocida por alguien; frente a toda opinión podrá siempre oponerse algo; ahora bien, aquello que es dudoso, difícilmente puede constituir una ciencia"[21]. Se trata exactamente

---

18 E. Schmidt. "Schlägermensur und Strafrecht", en *JZ* 1954, pp. 369 y ss., en especial 374.
19 *BGHSt* 6, p. 46.
20 Ver T. Drosdek. *Die herrschende Meinung; Autorität als Rechtsquelle; Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, 1989.
21 Friedrich von Logau. *Sämtliche Sinngedichte*, edición de Gustav Eitner, 1872, p. 386.

de ese problema: ¿La ciencia del derecho es verdaderamente una ciencia o sólo es llamada así? Sobre todo, ¿existe un *método jurídico racional*? Después de lo que anteriormente se ha expuesto tiene que ser negativa la respuesta a esa pregunta.

IV. Aporías en la práctica jurídica metodológica

Con lo dicho no se ha agotado de ninguna manera el registro de pecados de la praxis jurídica. Como se puede deducir del esquema 4 reproducido en la página 175 se le ofrecen al juez, según concepciones tradicionales, cuatro cánones de interpretación (ver casilla de v. Savigny), y así es todavía hoy, sin modificaciones que valgan la pena, la praxis actual (ver la casilla del Tribunal Federal Constitucional). Lo molesto en eso es que no hay un *orden jerárquico racional* relativo a estos argumentos de interpretación y la cuestión es aún más incierta a causa de que en realidad existen muchos más argumentos que los cuatro clásicos; por ejemplo, la justicia, la equidad, las finalidades, el lenguaje corriente, el idioma especializado, la génesis de la norma, los precedentes, entre otros muchos. ¿Pueden decidir los jueces en la elección de método enteramente según su voluntad? Se tiene que afirmar de esta manera cuando se analizan sentencias judiciales con referencia a ese problema. Los tribunales argumentan en cada caso, según la causa, de manera muy diferente. En el Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica de Munich se adelantó por años un proyecto promovido por la Asociación Alemana de Investigación (*Deutschen Forschungsgemeinschaft*) que se proponía averiguar la forma de argumentación de las altas cortes federales cuando abandonaban sus propias jurisprudencias anteriores. Los resultados corresponden al supuesto de que en tales casos los tribunales argumentan más minuciosamente y que determinados argumentos son a menudo especialmente utilizados (orientación de resultados, justicia; la última es siempre un "argumento de vencedores")[22]. Sin duda este resultado tiene sólo una débil fuerza de enunciado relativo, pues en la motivación de las decisiones con frecuencia no está, o *no sólo* está, lo que ha conducido a la

---

22 Más detalladamente sobre esto en U. Neumann. *Argumentationslehre*, 1986.

decisión. En tal clase de argumentos no se puede desatender el papel de argumentos velados o aparentes. Como quiera que sea, una elección racional de método no resultó del proyecto, y no podía resultar pues la elección del método es algo normativo, que no puede lograrse mediante una investigación meramente empírica.

Savigny opinaba que un orden jerárquico de los cuatro cánones no era necesario, pues esos cánones no serían "cuatro clases de interpretación que uno pudiera escoger según su gusto y deseo, sino actividades diferentes que tienen que operar unidas si se desea que la interpretación tenga éxito"[23]. En apariencia, el Tribunal Federal Constitucional (esquema 4) ve esto también de tal manera que entre los (clásicos) argumentos de interpretación existe un estado de completa armonía. ¡Si así fuere! Pero Karl Engisch tiene ciertamente razón cuando reprocha a Savigny "esconder el problema con una formulación hábil". Y prosigue: "Tenemos que contar con la posibilidad de que diferentes métodos conduzcan a resultados contradictorios [...] ¿No reina a menudo bastante arbitrio en la invocación o preferencia de una u otra clase de interpretación en cada caso?...". Efectivamente en la praxis de los Tribunales es frecuente observar "el procedimiento de escoger en cada caso aquel método de interpretación que lleve a resultados satisfactorios"[24].

Así pues, *¡aplicación jurídica de resultado!* Casi todo juez sabe esto por sí mismo. Además, no sería tan malo si la anticipación del resultado se presentara reflejada como hipótesis provisional, como precomprensión hermenéutica. Pero sobre la base del concepto de conocimiento objetivo, del pensamiento ontológico-substancial de subsunción, de la sujeción del juez sólo a la ley, no puede responderse que también el *sujeto* cognoscente entre en el conocimiento, que en los litigios judiciales se dé sólo una verdad

---

23 F . C. v. Savigny. *System des heutigen Römischen Rechts*, T. I, 1840, p. 215. También D. Buchwald. "Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung", en *ARSP* 79 (1993), pp. 16 y ss.

24 K. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed. (reimpr. 1989), p. 82. Como fuentes cita Engisch en la nota 81 (p. 236) a W. Sax, H. Coing, W. Ecker, G. Gribbohm, J. Esser y Heller. En la 9ª edición (póstuma) no se encuentra más esta frase; pero véase p. 53, donde los redactores Th. Würtenberger jun. y D. Otto explican que ellos no pueden sostener un punto de vista semejante (creación jurídica de forma intuitiva, instintiva, afectiva).

intersubjetiva, no una verdad objetiva. Se hace de tal manera como si el juez, mayormente el juez penal, actuara en la tramitación sin la menor idea sobre la salida del proceso, a pesar de que él conoce las actas y a pesar de que en la resolución de apertura conforme al § 207 del Código de Procedimiento Penal admitió la acusación para el examen de la causa, lo cual sólo pudo hacerlo bajo el presupuesto de que el sindicado había sido encontrado "suficientemente sospechoso" (§ 203 C. P. P.). La ley escenifica aquí una grandiosa maniobra de engaño, en tanto precisamente en la misma resolución de apertura, que remite al incriminado, no se encuentra una sola palabra sobre "indicio de criminalidad" (ver § 207 C. P. P.); eso se encuentra en el § 203 del C. P. P., sobre el cual nada sabe el acusado, pues el Tribunal debe aparecer ante él como imparcial. Esa imagen del juez enteramente neutral, imparcial, por completo objetivo, despersonalizado, pasa por alto la realidad[25]. Habría que preguntarse si este juez tan altamente estilizado ha tenido alguna vez un sentimiento del derecho.

Pues es un hecho que los hombres por lo general tienen un *sentimiento del derecho*[26], seguramente algo muy positivo. No obstante, el juez no debe tener ninguno, en todo caso él no debe introducirlo en la decisión. Ya se habla por cierto de la "despedida" del sentimiento jurídico[27]. Si eso fuere así sería poco afortunado. Ciertamente sería difícil hablar, en un uso generoso de la palabra "racional", de una "racionalidad del sentimiento jurídico"[28].

---

25 Ver más detalladamente A. Kaufmann. "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", en *Festschrift für Karl Peters*, 1974, pp. 295 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 141 y ss. Detenidamente (amplio en el sentido del texto) R. Lamprecht. *Vom Mythos der Unabhängigkeit; Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, 2ª ed., 1996.

26 Sobre el tema "sentimiento jurídico" ver sobre todo E. J. Lampe (Ed.). "Das sogenannte Rechtsgefühl", en *JbRSozuRTh*, T. 10, 1985; E. Riezler. *Das Rechtsgefühl*, 3ª ed., 1969; G. Rümelin. *Über das Rechtsgefühl*, 2ª ed., 1948; M. Bichler. *Rechtsgefühl, System und Wertung; Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung*, 1979; G. Oestreich. *Im Dschungel der Paragraphen; Rechtsgefühl zwischen Klischee und Information*, 1984; K. Obermayer. "Über das Rechtsgefühl", en *JZ* 1986, pp. 1 y ss. Y luego sobre todo R. v. Jhering en su mundialmente conocido libro *La lucha por el derecho*, 1872; ahora en nueva edición y con comentarios de H. Klenner, 1992.

27 W. Meyer-Hesemann. "Abschied vom sog. Rechtsgefühl", en *ARSP* 73, 1987, pp. 405 y ss.

28 Así K. Zapka. "Rationalität des Rechtsgefühls", en *RuP*, 1987, p. 19.

¿Pero quién puede decir que en el proceso de aplicación del derecho no tenga que mencionarse nada meta-racional, en tanto sólo refleje lo que ocurre y se rinda cuenta sobre ello? Winfried Hassemer ha encontrado para esto una frase atinada: se tiene, dice él, que "computar lo irracional con lo racional"[29].

V. CIENCIA DEL DERECHO, ¿SÓLO UN ARTE?

Computar lo irracional con lo racional, esto hace la hermenéutica. Tal como ya se expuso en el capítulo anterior, la hermenéutica misma no es irracional. Ella sólo quiere arrojar luz en los procesos que no son racionales o no lo son exclusivamente. Y que precisamente el sentimiento jurídico tiene que ver con la hermenéutica fue reconocido muy tempranamente por el genial Gustav Radbruch. Este escribió en un ensayo de 1907: "El sentimiento jurídico anticipa el resultado, la ley debe dar luego los fundamentos y límites para ello"[30]. Y en 1932 agregó sobre eso: "El sentimiento jurídico exige un espíritu ágil, que pueda pasar de lo particular a lo general y nuevamente de lo general a lo particular"[31]. Es difícil decirlo mejor. El sentimiento jurídico es el *arte de tener* pre-comprensiones (pre-juicios) correctas. Todavía de manera más aguda, particularmente perspicaz, dijo Albert Einstein: "La fantasía es más importante que el saber". Las pre-comprensiones son lo humano en la aplicación del derecho, ninguna técnica por desarrollada que sea las puede medir[32]. La pre-comprensión posibilita arreglárselas con la

29 W. Hassemer. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 244. Ver A. Kaufmann. "Recht und Rationalität", en *Festschrift für Werner Maihofer*, 1988, pp. 11 y ss. (con numerosas referencias bibliográficas); también, del mismo, *Über Gerechtigkeit* (nota 25), pp. 301 y ss.

30 G. Radbruch. *Geburtshülfe und Strafrecht*, 1907, p. 3 = GRGA, T. 7, 1995, p. 175.

31 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932, p. 103 (8ª ed., 1983, p. 199) = GRGA T. 2, 1993, pp. 336 y s.

32 En una revista encontré hace años estas palabras muy humanas de Antoine de Saint-Exuperie (desafortunadamente sin referencia de fuente): "Yo creo que vendrá el día en que un hombre enfermo se ponga en manos del físico y el informático. Estos no le preguntarán nada, sólo le tomarán sangre, deducirán algunas constantes, multiplicarán

circularidad del proceso de aplicación del derecho. Esta estructura de la aplicación del derecho la hace transparente, en lugar de ocultarse detrás de los fundamentos de la decisión.

¡El arte! Esto lo sabían ya los notables juristas de la antigua Roma. Aplicación del derecho, decían ellos, es la *ars boni et aequi*[33]. Sin duda la jurisprudencia es, a semejanza de la medicina, en gran medida un arte. Con todo es *sólo* esto, ¿no hay en absoluto nada científico en ella? Bien mirado, la pregunta no puede decir: ¿arte *o* ciencia?[34], sino: ¿fuera de arte también ciencia?

La ciencia del derecho ha tenido ya muy a menudo que oír la sindicación de no ser en absoluto una verdadera ciencia. En mayor grado viene ese reproche de una comparación con las ciencias naturales exactas, pero por supuesto no siempre de manera tan ruda como ocurre con Anders Vilhelm Lundstedt, quien considera los conceptos de "derecho", "norma jurídica", "obligación", "derecho subjetivo" como supersticiones místicas y en lugar de ellos habla de "engranajes jurídicos", "mecanismos jurídicos", "maquinarias de la sociedad"[35].

Julius Hermann v. Kirchmann ganó celebridad con su ensayo sobre *El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia*, leído por él en 1848 en la Sociedad Berlinesa de Juristas y que realmente no es ningún melindre. Kirchmann acusa enérgicamente al positivismo jurídico de haber entregado el derecho a la arbitrariedad. "Cuánto mejor sería que la ciencia del derecho pudiera abordar como las ciencias naturales directamente su objeto... El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millones de años. La rosa florece aún hoy día como en el paraíso. Pero el derecho cambia desde

---

unas con otras y después de haber consultado su calculadora, curarán al paciente con una sola píldora. Y sin embargo, cuando yo enferme, me dirigiré a mi médico rural. El me mirará con el rabillo del ojo, probará el pulso y estómago, me auscultará, se frotará la barbilla y me sonreirá, para mitigar el dolor. Se comprende: me entusiasma la ciencia, pero no me entusiasma menos la sabiduría". Un computador no podrá nunca ser un juez sabio, pues él carece de sentimiento del derecho.

33 Celsus. D. 1, 1, 1 pr.

34 Inexacto sobre esto R. Gröschner. "Die Richterliche Rechtsfindung: 'Kunst' oder 'Methode'?", en *JZ*, 1983, pp. 944 y ss.

35 A. von Lundstedt. *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, 2 tomos, 1932 y 1936.

entonces". Y agrega luego: "Si se prosigue la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en la circunstancia de que el derecho no sólo consiste en el saber sino también el sentir, que la sede de su objeto no se encuentra sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias (se piensa en las ciencias naturales) están libres de este aditamento [...] la ley positiva es en su determinación final pura arbitrariedad". Y en seguida pone Kirchmann al descubierto toda la miseria de la jurisprudencia: "La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del déspota. ¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, meditaciones, tratados y casos jurídicos? [...] Nueve décimas partes y aún más tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, falsedades, anacronismos y arbitrariedades de las leyes positivas [...] por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho"[36].

Pascal ya había formulado mucho antes (1670) a la ciencia del derecho el cargo de carecer de un objeto apropiado para una ciencia, a causa del carácter variable y arbitrario de las leyes positivas. "No es posible encontrar ningún derecho ni ningún entuerto que no cambien su naturaleza con el clima. Tres grados de latitud más cerca del polo ponen de cabeza toda la ciencia del derecho, un grado de longitud decide sobre la verdad..., el derecho tiene sus épocas, la entrada de Saturno en Leo caracteriza el surgimiento de éste o aquel delito. Es cómica la justicia que un río limita. *Vérité au decà Pyrénées, erreur au delà*"[37].

Ahora las voces corresponden a una época por completo distinta. Tomar medidas de las ciencias naturales no sería hoy tan problemático, pues la tesis de la separación de sujeto y objeto de la investigación ya no rige universalmente en su ámbito. La imagen de un "mundo objetivo", que

---

36 J. H. von Kirchmann. *Die Wertlosigkeit der Jusrisprudenz als Wissenschaft*, edición de H. Klenner, 1990.

37 Pascal. *Pensées*, edición de E. Wasmuth 8ª ed., 1978, fragmento 294.

es "el mismo hoy que en el paraíso", tuvo que ser abandonada ya desde comienzos de nuestro siglo, aun cuando naturalmente es todavía utilizable de manera aproximada. También son cambiantes, como lo señala Radbruch, los objetos de otras ciencias, por ejemplo la historia, la estética, la historia de la literatura[38]. Sólo el cambio arbitrario hace perder la cientificidad.

De cualquier modo que se adelante la disputa sobre la cientificidad de la ciencia del derecho, siempre termina en una *petitio principii*, en un falso problema[39]. ¿Dónde está escrito que sólo las ciencias naturales son verdaderas ciencias? El concepto de ciencia no es ningún dogma, él no quiere ser el mismo para las distintas esferas del saber, es uno para las ciencias naturales "explicativas", otro para las ciencias del espíritu "comprensivas"[40]. En efecto, habrá de exigirse para cada ciencia un mínimo de presupuestos: se tiene que tratar de *conocimientos*, los cuales son logrados mediante un *método racional* (en donde por "racional" no se considera sólo la actividad

---

38 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, pp. 218 y ss. = GRGA, T. 2, 1993, pp. 356 y s. Ver también, del mismo, el prefacio para una edición proyectada del ensayo de J. H. von Kirchmann, en *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlass*, 1952, pp. 19 y ss. = GRGA, T. 6, *Feuerbach*, 1997.

39 U. Neumann. "Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 422 y ss.; ver también, del mismo, "Rechtstheorie und allgemeine Wissenschaftstheorie", en M. Martinek y otros (Eds.). *Festschrift für Günther Jahr*, 1993, pp. 157 y ss. Sobre teoría científica del derecho ver también A. Kaufmann. "Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft; Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit", en *ARSP* 72, 1986, pp. 425 y ss.; también, del mismo, en *Gerechtigkeit* (nota 25), pp. 259 y ss.; M. Herberger/D. Simon. *Wissenschaftstheorie für Juristen; Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften*, 1980. En especial sobre el problema del conocimiento en la ciencia del derecho: A. Kaufmann, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 1 y ss.; también, del mismo, en *Über Gerechtigkeit* (nota 25), pp. 155 y ss.; R. Weimar. "Rechtserkenntnis und erkenntniskritische Rechtswissenschaft", en *Theorie der Normen*; Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, 1984, pp. 69 y ss.; G. Teubner. "Die Episteme des Rechts: Zur erkenntnistheoretischen Grundlage des reflexiven Rechts", en D. Grimm (Ed.). *Wachsende Staatsaufgaben, sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, pp. 115 y ss.; W. Krawietz. *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, 1978.

40 Ver sobre esta diferencia G. H. von Wright. *Erklären und Verstehen*, 3ª ed., 1991; M. Riedel. *Verstehen oder Erklären?; Zur Theorie und Geschichte der hermeneutischen Wissenschaften*, 1978.

del *entendimiento* que analiza conceptualmente, sino también el proceso de la *razón*, que tiende a la relación y a la unidad del saber, esto es, no sólo racionalidad formal sino también material[41]), los conocimientos tienen que estar *objetivamente ligados* (lo que no es equiparable a lógico-substancial; de tal manera que el derecho ha de ser, antes que otra cosa, relación y no substancia; las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas constituyen el "objeto" del derecho), los conocimientos tienen que estar en *una conexión argumentativa* (en donde, contra la opinión de algunos autores, no es exigible ningún sistema cerrado), y los conocimientos tienen que ser *verificables* (lo que no quiere decir que tengan que ser lógicamente obligatorios; la verificación en las ciencias normativas resulta del discurso, que en verdad no conduce siempre al consenso, como opinan muchos teóricos del discurso, pero a lo menos tiene que demostrar *validez intersubjetiva, capacidad de consenso*).

¿Hay, entonces, conocimientos genuinos en las ciencias *normativas*? Este problema es vivamente discutido. Los unos –por ejemplo, Karl Popper, quien sólo admite el método deductivo– niegan sin más la posibilidad de conocimientos normativos; aquí se trataría sólo de "opiniones". Otros, por el contrario, no ven en absoluto ninguna diferencia entre las nociones a = rojo y a = bueno; de la misma manera que hay una evidencia observable, hay también una evidencia valorable[42]. Es muy dudoso que esto pueda cobijarse en la crítica del conocimiento de Kant; según él, tenemos conocimientos puros sólo de las formas de intuición y del pensamiento, no de los contenidos, haciendo abstracción de la matemática y la ciencias naturales (!), en las cuales se dan (Kant considera esto evidente) juicios sintéticos *a priori* (esto es, juicios que, a diferencia de los analíticos, amplían

---

41 La diferenciación de "entendimiento" y "razón" es antigua, ha sido, sin embargo, oscurecida en los tiempos recientes. Sobre esto A. Kaufmann. *Über die Wissenschaftlichkeit* (nota 38), pp. 248 y ss.; del mismo, *Recht und Rationalität* (nota 29), *passim*. Sobre la razón, ella es la sede lógica de la motivación discursiva. Ella misma no puede fundamentarse discursivamente, pero se empleará fácticamente; lo que es, se muestra en su uso, en el diálogo de reconocimiento y comprensión recíproca. Por eso no se puede separar la razón de la personalidad de quien participa en el discurso.

42 De esta manera R. M. Hare. *Die Sprache der Moral*, 1983, pp. 139 y ss., 144 y ss. Ver además N. Achterberg. "Die Evidenz als Rechtsbegriff", en *DÖV*, 1963, pp. 331 y ss., 758 y ss.

nuestro saber y son obligatorios, porque ellos no provienen de la experiencia sensible)[43]. Será exacto que para la razón teórica (¿qué puedo yo saber?) rijan otras categorías y modalidades –"obligatorio", "necesario", "imposible"– que para la razón práctica (¿qué debo yo hacer?) –"plausible", "concordante", "sustentable"–, pero también que en la última son posibles conocimientos objetivos, verificables, logrados metódicamente. Sin duda hay que reconocer que las ciencias naturales exactas están más cerca al ideal de cientificidad que la ciencias normativas. En definitiva la ciencia del derecho no es sólo ciencia, sino también es un arte. Miremos esta creación del derecho así caracterizada un poco más en detalle.

43 Ver Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, Einleitung, B, pp. 14 y ss.; "Transzendentale Logik", B, pp. 74 y ss.

CAPÍTULO SEXTO

Reflexiones sobre un análisis racional del proceso de creación de derecho. Preguntas fundamentales de la lógica y del método de la ciencia jurídica

I. LITERATURA

Aoi, H. "Die sogenannten verdeckten Lücken.Typenjurisprudenz contra Begriffsjurisprudenz?", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 23ss.; Betti, E. *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, 1967; Buht, M. *Einführung in die formale Logik, unter der besonderen Fragestellung: Was ist Wahrheit allein aufgrund der Form?*, 1996; Bydlinski, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991; Canaris, C. W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., 1983; del mismo, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz; Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 2ª ed., 1983; Engisch, K. *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997 (póstuma), ed. de T. Würtenberger, jun./D. Otto; del mismo, *Logische Studien zur Gesetzesanwendug*, 3ª ed., 1963; Esser, J. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*; *Rationalitätsgundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2ª ed., 1972; Fikentscher, W. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol. IV: Dogmatischer Teil, 1977; Fromm, E. "Judiz und Rechtsfindung", en *DriZ* 1996, pp. 484 ss.; Garrn, H. *Zur Rationalität richterlicher Entscheidungen*, 1986; Germann, O. A. *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2ª ed., 1967; Goutier, K. *Retchsphilosophie und juristische Methodenlehre im Lichte der evolutionären Erkenntnistheorie*, 1989; Hamann, W. *Juristische Methodik*, 5ª ed., 1989; Hruschka, J. *Die Konstitution des Rechtsfalles; Studien zum verhältnis von Tatsachen-feststellung und Rechtsanwendung*, 1982; Jahr, G. "Geltung des Gewollten und Geltung des Nicht-Gewollten-Zu Grundfragen des Rechts empfangsbedürftiger Willenserklärungen", en *Jus* 1989, pp. 250 ss.; del mismo, "Redaktionsversehen", en F. Haft y otros. *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp.141 ss.; Jørgensen, S. *Fragments of Legal cognition*, 1988; Kaufmann, A. *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982 (inglés, español, japonés, chino); Kaufmann, A./W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994 (allí: A. Kaufmann, pp. 133 ss.: "Die historische Entwicklung der neueren juristischen Methodenslehre"; W. Hassemer, pp. 248 ss.: "Rechtssystem und Kodifikation; Die Bindung des Richters an das Gesetz"; U. Neumann, pp. 292 ss.: "Juristische Logik"; J. Schneider/U. Schroth, pp. 470 ss.: "Sichtweisen juristischer Normanwendung; Determination, Argumentation und Entscheidung"; español, japonés, polaco, chino, esloveno, turco); Klug, U. *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982; Koch, H.-J. (Ed.). *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976; Koch, H.-J./H. Rüssmann. *Juristische Begründungslehre*, 1982; Kramer, E. A. *Juristische Methodenlehre*, 1998; Kriele, M. *Theorie der Rechtsgewinnung; entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2ª ed., 1976; Langhein, A. W. H. *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode*, 1992; Larenz, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991; Larenz, K./C. W. Canaris. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995; Looschelsers, D./W. Roth. *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, 1996; Marino, G. *Temi di Teoria dell'Interpretazione Giuridica*, 1993; Martínez Doral, J. M. *The Structure of Juridical Knowledge*, 1963; del mismo, *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, 1963; Medina Morales, D. *Temática Filosófico Jurídica; Sobre el Conocimiento Filosófico del Derecho*, 1993; Müller, F. *Juristische Methodik*, 7ª ed., 1997, ed. de R. Christensen; del mismo, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts; Neue Aufsätze* (1995-1997), 1997; Nerhot, P. (Ed.). *Law, Interpretation and Reality*; *Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, 1990; del mismo (Ed.). *Legal Knowledge and Analogy*; *Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Liguistics*, 1991; Ollero, A. *Interpretación del Derecho y Positivismo legalista*, 1982; del mismo, *Derechos*

Humanos y Metodología Jurídica, 1989; del mismo, *Tiene razón el derecho; Entre método científico y voluntad política*, 1996; Pavcnik, M. *Juristisches Verstehen und Entscheiden*; *Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*; *Ein Beitrag zur Argumentation im Recht*, 1993; Pawlowski, H.-M. *Methodenlehre für Juristen*, 2ª ed., 1991; del mismo, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 1986; Peczenik, A. (Ed.). *Meaning, Interpretation and the Law*, 1986; Perelman, Ch. *Juristische Logik als Argumentationstheorie* (del francés), 1979; Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932; la más reciente 8ª ed., 1983 = GRGA, T. 2, 1993; § 15: "Die Logik der Rechtswissenschaft"; Rhinow, A. *Rechtssetzung und Methodik; Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Vehältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, 1979; Robles, G. *Epistemología y Derecho*, 1982; Rodi, F. *Erkenntnis des Erkannten*; *Zur Hermeneutik des 19. und 20. Jahrhunderts*, 1991; Romeo, F. *Analogie; Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff. im Recht*, 1991; Saavedra, M. *Interpretación del Derecho e Ideología*, 1978; Sarkowicz, R. "Über die Interpretation des Textes", en *ARPS* 82 (1996), pp. 361 ss.; Schapp, J. *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, 1983; Schünemann, B. "Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts", en *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 117 ss.; del mismo, "Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 299 ss; Stelmach, J. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991; Tammelo, I. *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, 1971; Tammelo, I./H. Schreiner. *Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik*, 2 Vols., 1974, 1977; Wagner, H./K. Haag. *Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft*, 1970; Weinberger, O. *Rechtslogik*; *Versuch einer Anwendung moderner Logik auf. das juristische Denken*, 2ª ed., 1969; Winkler, G. *Theorie und Methode in der Rechtswissenschaft*, 1989; del mismo, *Reschtstheorie und Erkenntnislehre*, 1990; Zaccaria, G. *L'arte dell'interpretazione*, 1990; del mismo, *Questioni di Interpretazione*, 1996; Zippelius, R. *Juristische Methodenlehre*, 6ª ed., 1994.

Literatura acerca de *hermenéutica, teoría de la argumentación, retórica, semántica, semiótica* en el capítulo IV; sobre *teoría de la legislación* en el capítulo II; sobre *teoría analítica del derecho, tópica* en el capítulo III; sobre *teoría de sistema, teoría del discurso, ética del discurso, teoría del consenso* en el capítulo XVIII.

II. NOTA PRELIMINAR

En el capítulo anterior se expuso que el método de la ciencia jurídica no procede en forma *exclusivamente racional*. ¿Qué es, empero, racional en él, qué no lo es? Para poder responder tal interrogante ha de investigarse primero, a la mayor brevedad posible, en qué medida las *conclusiones lógicas* cumplen un papel en él. Y si el método jurídico tampoco se agota en las conclusiones lógicas, entonces debe hacerse un esfuerzo por avanzar, al máximo, con instrumentos lógicos. Se tiene que saber, naturalmente, qué conclusiones son válidas y cuáles no, cuán seguras son y qué producen. No se deben provocar, sin embargo, menoscabos cualitativos o de contenido.

De esta suerte, queremos recordar, en primer término, los rasgos fundamentales más generales de la lógica.

Ante todo es necesario hacer una aclaración terminológica. En la página 55 se indicó que la doctrina tradicional del método, hoy todavía dominante, considera la *aplicación del derecho* como algo, en esencia, completamente diferente de la *creación de derecho*. Se trata de una aplicación del derecho, cuando el caso por decidir está *regulado legalmente*, lo que sucede en la gran mayoría de ocasiones; aquí se presenta una *simple subsunción*. La creación de derecho, una excepción poco frecuente, por el contrario, tiene lugar cuando para el caso por decidir no se encuentra *ninguna regla legal* aplicable; la existencia de una regla semejante, empero, tendría que esperarse de acuerdo con el "plan del orden jurídico". Esto es, cuando se presenta un *vacío* de la ley y se *vulnera el plan* (no cuando se está ante un *silencio calificado* de la ley, es decir, cuando el silencio es intencional, como en el caso de los daños ocasionados por negligencia, con respecto a los cuales, en razón de la prohibición penal de la analogía, no procedería una integración de vacíos). El necesario lleno de la laguna en este caso no es posible a través de una subsunción sino más bien, únicamente, por medio de una *analogía* (o mejor, de un *argumento a contrario*) o a través de la *libre creación judicial de derecho*[1] (comparar abajo p. 174, esquema 3). A continuación se mostrará que la aplicación del derecho tampoco es una "simple subsunción" y que la aplicación del derecho y la creación de derecho no se diferencian según la naturaleza, sino en razón del *grado de extensión de la ley*. Subsumir es tan sólo posible cuando la ley utiliza *conceptos unívocos* y realmente unívocos; y no requeridos de interpretación son solamente los *conceptos numéricos* (los 18 años de vida). Todos los demás conceptos son susceptibles de extensión y con frecuencia necesitan de ella, con lo cual la *restricción* de la ley es también una extensión, una extensión-*minus*, por así decirlo (la determinación de que en el caso concreto la ley no se puede tratar extensivamente –así proceda en forma instantánea y ajena a la reflexión– tampoco es una subsunción). Lo que la doctrina predominante llama "aplicación del derecho" es un caso

---

1 Sobre este tema en detalle C. W. Canaris. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz; Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 2ª ed., 1983.

de creación de derecho; el último es el concepto genérico. En este sentido se utilizará el concepto de "creación de derecho" en el presente libro, a no ser que se diga, expresamente, que se está haciendo referencia al uso tradicional del lenguaje.

III. Pequeño collegium logicum

1. *La lógica tradicional*

El objeto de la lógica como ciencia, así como fue concebida por primera vez por Aristóteles, es el *pensamiento*, pero no en tanto actividad de los sujetos existentes, sino como las relaciones entre los contenidos del pensamiento en cuanto tales, en la forma que ellos pueden ser pensados de un mismo modo por muchos. Los tres principales casos de aplicación de la lógica tradicional aristotélica son: el concepto, el juicio y la conclusión.

El *concepto*, la más simple forma del pensamiento, es una representación intelectual, es decir, abstracta y mental de un objeto (que no necesita ser substancial) de acuerdo con "lo que" él es (*Washeit*), sin que todavía se realice una afirmación que lo aluda. El concepto sólo ofrece un conocimiento suplementario, porque forma únicamente contenidos sin relacionarlos con el ser y sin acuñarlos en su ser por medio de su determinación[2].

---

2 Es muy sospechoso cuando del concepto se deduce el ser. Esto sucede, por ejemplo, con la así llamada prueba ontológica de la existencia de Dios, en la cual del concepto "Dios como esencia perfectísima" se concluye su necesaria existencia, pues a la perfección pertenece la existencia (esto, desde luego, está expuesto en forma simplificada). Representantes son, entre otros, Anselmo de Canterbury, Descartes, Leibniz, Hegel (comparar R. P. Horstmann. *Wahrheit aus dem Begriff; Eine Einführung in Hegel*, 1990). No se crea que este tipo de "ontologismo" pertenece a épocas demasiado remotas. Algunos juristas, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, concluyen, a partir del concepto de "persona jurídica", que ésta (por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada) como "persona" puede ser objeto de honores y vejaciones; comparar en este sentido *BGHSt* 6, pp. 186 ss., en donde el BGH, si bien no con dicha terminología, pero sí en relación con la materia, argumenta ontológicamente; para una mayor información consultar A. Kaufmann, "Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten", en *ZStW* 72 (1960), pp. 418 y ss.

El *juicio*, acto central del conocimiento, afirma un estado de cosas como existente o inexistente; conduce el conocimiento a su realización completa, porque relaciona los contenidos con el ser y acuña su existencia por medio de su determinación.

La *conclusión*, transición de una expresión a otra, no es un perfeccionamiento adicional de la determinación existencial, sino, más bien, aquella actividad mental por medio de la cual se pasa de la aceptación de una o varias proposiciones a la aceptación de otra, con fundamento en la comprensión de la necesaria relación recíproca. Ya desde Aristóteles es la doctrina de la conclusión el eje central de la lógica[3].

2. *La lógica formal*

En tiempos recientes (algunos intentos se encuentran ya en Leibniz) se coloca al lado o en lugar de la lógica tradicional también la lógica *formal*, *simbólica* o *matemática* (la expresión "logística" no se utiliza más). Por ella se entiende aquel sistema de signos, junto con las reglas operacionales (cálculo) que le son propias, las cuales pueden ser explicadas a través de la clasificación de categorías y relaciones lógicas. Los principales campos de acción son: la lógica asertórica, la lógica de predicados, la lógica de clases, la lógica modal, la lógica de la intensión, la lógica de la extensión y la lógica normativa (lógica deóntica). No es necesario profundizar sobre este tema[4]. La lógica formal, que durante mucho tiempo se sobrevaloró con la pretensión, en parte, de dejar a un lado la lógica convencional, ha sido en tiempos recientes relegada un poco a segundo plano. Sin lugar a dudas tiene la ventaja de una mayor exactitud y una mayor integridad sistemática, aun cuando, con frecuencia, el despliegue de las matemáticas no tiene

---

3 Aristóteles. *Doctrina de la conclusión o Primeros Analíticos* (los *Segundos Analíticos* es la doctrina de la prueba). Sobre esto G. Patzig. *Die aristotelische Syllogistik*, 3ª ed., 1969.

4 Es recomendable la clara exposición de U. Neumann. "Juristische Logik", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 292 y ss. Para una amplia introducción a la lógica formal: P. Ruppen. *Einstieg in die formale Logik*; *Ein Lern- und Übungsbuch für Nichtmathematiker*, 1996; M. Buht. *Einführung in die formale Logik; unter der besonderen Fragestellung: Was ist Wahrheit allein aufgrund der Form?*, 1996.

relación de proporcionalidad con los resultados obtenidos. La falta de uniformidad y la confusa pluralidad de símbolos utilizados a menudo en la lógica formal resultan poco satisfactorios[5].

3. Las conclusiones lógicas

a) El *silogismo*. La expresión "silogismo" se puede utilizar en un sentido amplio y en un sentido restringido. El concepto más amplio abarca todas las conclusiones lógicas, mientras que el concepto restringido sólo una conclusión tal "que a partir de dos juicios categóricos de la estructura más simple [...] concluye con un juicio del mismo tipo, con lo cual uno de los conceptos que toman parte en los juicios establecidos como premisas, el concepto medio (M), no aparece más en el juicio inferido, la conclusión, la cual contiene los otros dos conceptos"[6]. A continuación el concepto de silogismo se utiliza en el segundo sentido. La fuerza concluyente del silogismo (consecuencia, consecuencia lógica) se fundamenta en la necesaria dependencia del contenido de la proposición, independientemente de su veracidad o falsedad. Tomemos el viejo ejemplo escolar:

Todos los hombres son mortales
Sócrates es un hombre
———————————————
Sócrates es mortal

El juicio individual: "Sócrates es mortal" se considera como universal ("cualquier Sócrates"). El concepto medio (M) es "hombre", el predicado (P) "ser mortal", el sujeto del concepto (S) "Sócrates".

Con relación a los *modos de silogismo* se mencionó ya en la página 55, nota 16, que ellos se designan con nombres que tienen una sonoridad latina pero que son artificiales, con lo cual el correspondiente módulo se expresa a través de tres vocales del nombre. Así, significan:

---

5 Ver, por ejemplo, el registro de símbolos lógicos en H. Wagner/K. Haag. *Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft*, 1970, p. 109.

6 B. von Freytag-Löringhoff. *Logik; Ihr System und ihr Verhältnis zur Logistik*, T. 1, 1955, pp. 92 y s.

a = universal afirmativo: todos los x son y
e = universal negativo: ningún x es y
i = particular afirmativo: algunos x son y
o = particular negativo: algunos x no son y

El ejemplo de Sócrates sigue, entonces, el modo b*a*rb*ara*:

$$\begin{array}{c} M\ a\ P \\ S\ a\ M \\ \hline S\ a\ P \end{array}$$

Se lee así: Si todos los M son P y si todos los S son M, entonces todos los S son P. Un poco más claro se presenta el modo barbara con el ejemplo de la culpa en el sentido del derecho penal:

Todos los casos de culpa son dolosos
Todos los casos de negligencia son culposos

Todos los casos de negligencia son dolosos

La conclusión es obligatoria, sin embargo, es cuestionable si con ello se está diciendo algo verdadero, pues una o tal vez ambas premisas podrían ser falsas (y esto ha sido discutido desde tiempo atrás).

El modo barbara es la conclusión más simple y, al mismo tiempo, la más rigurosa. No tan evidente es el modo c*ame*str*e*s:

$$\begin{array}{c} P\ a\ M \\ S\ e\ M \\ \hline S\ e\ P \end{array}$$

o de otra manera:

Todos los casos de culpa son dolosos
Todos los casos de negligencia no son dolosos

Todos los casos de negligencia no son culposos

La conclusión es correcta; ahora, si la conclusión es verdadera, depende, otra vez, de la veracidad de las premisas. ¿Es entonces verdadero que sólo el dolo es culposo y que todas las formas de negligencia no son dolosas?

En la literatura de derecho penal se puede encontrar la siguiente conclusión, aun cuando no con esa esquematización:

Todos los casos de culpa son dolosos
Todos los casos de negligencia no son dolosos
(Sin embargo:) Todos los casos de negligencia son culposos

Cuando se presenta esta conclusión, como aquí, en su estructura lógica, es evidente que se trata de una conclusión no permitida. El *modus* de esa conclusión debería verse así:

P a M
S e M
S a P

Este debería tener un nombre con las vocales a e a. Pero un nombre tal no existe, precisamente, porque la conclusión no es permitida. Esto sería lo mismo cuando la conclusión "todos los casos de negligencia son culposos" se tuviera por verdadera. Esta conclusión sólo podría deducirse de otras premisas.

Correcto, en cambio, sería el modo f*e*l*a*pt*o*n:

M e P
M a S
S o P

o bien,

Todos los casos de negligencia no son dolosos
Todos los casos de negligencia son culposos
Algunos casos de culpa no son dolosos

Quien considera que la conclusión descrita es banal es probable que no sepa

cuán frecuentemente en la práctica se atenta en su contra, lo que, en verdad, nunca aparece en forma tan nítida como en la descripción hecha aquí.

Sobre cuáles modos son *válidos* no hay, en particular, discrepancia. Una descripción fácilmente comprensible presenta Bruno von Freytag-Löringhoff, quien encuentra válidos 19 modos, por ejemplo, *disamis*, *celarent*, *camestres*, *felapton*, *ferio*, *bocardo*[7]. Como lo dijimos, debido a que el modo barbara es la conclusión más confiable, se trata de evitar, en lo posible, los modos problemáticos o conducirlos hacia el modo fundamental barbara. Como ejemplo puede servir el modo b*a*m*a*l*i*p que tiene la siguiente forma:

P a M
M a S
―――――
S i P

o bien:

Todos los atenienses son hombres
Todos los hombres son mortales
―――――――――――――――
Algunos mortales son atenienses

o de otra manera:

Todos los casos de negligencia son culposos
Todos los casos de culpa son dolosos
――――――――――――――――――
Algunos casos de dolo son negligencia

Esta conclusión es correcta, frente al modo barbara, en el que de las mismas premisas se deduce:

Todos los atenienses son mortales
Todos los casos de negligencia son dolosos

Es, sin embargo, más débil y menos precisa. Es, por consiguiente, superflua[8].

---

7 B. v. Freytag-Löringhoff. *Logik* (nota 6), especialmente pp. 102 y ss.
8 Para quienes se interesen más profundamente en el tema: A. Kaufmann. *Das Schuldprinzip, eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 140 y ss.

Hoy la silogística no se ve más, en la mayoría de los casos, como una disciplina básica. Se reconstruye dentro de la lógica de predicado, para la cual se requiere la lógica asertórica. Pero esto va más allá de los propósitos del presente libro.

b) Otros géneros de conclusiones lógicas –la colocación bajo a) o bajo b) se cruzan parcialmente–

1. Las *conclusiones categóricas* son conclusiones que están compuestas sólo de juicios categóricos (simples e incondicionalmente válidos). Ellas dicen sin mediación algo sobre un objeto, no sólo sobre las relaciones entre declaraciones. El más simple e importante caso es el del silogismo (sobre esto ver arriba).

2. *Conclusiones modales*: son conclusiones que conciernen al modo de relación entre sujeto y predicado. Se fundamentan en

aa) *Juicios apodícticos* (necesidad) son aquellos que establecen algo como absolutamente necesario o como absolutamente imposible:

X debe ser castigado con la pena máxima por haber cometido homicidio.

Ese "ser castigado" en el § 211 StGB significa un deber ser más elevado: debe serlo incondicionalmente.

bb) *Juicios asertóricos* (realidad), que sencillamente "son" o "no son" sin ningún complemento:

X es un asesino

cc) *Juicios problemáticos* (posibilidad), en los cuales el ser o el no ser solamente va a ser considerado como posible o probable (contingente).

X podría ser asesino

3. *Conclusiones hipotéticas*: son conclusiones cuyas premisas contienen por lo menos un juicio hipotético (una relación si-entonces: una implicación). La *conclusión condicional* será deducida bien sea

aa) a partir de varias frases condicionales (frases circunstanciales de condición) a una diferente:

si A, entonces B
si B, entonces C
———————
si A, entonces C

o dicho de otra manera:

Si X es ladrón, Y es cómplice
Si Y es cómplice, Z es autor intelectual
———
Si X es ladrón, Z es autor intelectual

bien sea:

bb) será deducida a partir de un juicio condicional con ayuda de un juicio categórico sobre otro juicio categórico. Las formas de esta conclusión son:

α) El *modus ponens*, en el que a partir de la condición se inferirá lo condicionado:

Si A es, B es
A es
———
por lo tanto, B es

o bien:

Si X es ladrón, Y es cómplice
X es ladrón
———
por lo tanto, Y es cómplice

β) el *modus tollens*, en el que a partir de la negación de lo condicionado se inferirá la negación de la condición:

Si A es, B es
B no es
———
por lo tanto, A no es

o bien:

Si X ha actuado en estado de necesidad, entonces será absuelto
X no será absuelto
———
por lo tanto, X no ha actuado en estado de necesidad

En el segundo ejemplo se muestra claramente que el *modus tollens* es problemático. Si X realmente ha actuado en estado de necesidad no cambia

la condena en nada, a menos que se acepte, de acuerdo con una vieja teoría de derecho procesal, que la sentencia en firme (que ha hecho tránsito a cosa juzgada) genera una nueva situación jurídica. La condena jurídicamente en firme tiene efectos constitutivos, puesto que no se presenta más un estado de necesidad que tenga lugar con anterioridad. Con razón esta teoría no se sostendrá en lo sucesivo. Respecto al teorema del *modus tollens* los lógicos hablan de un "desvío categorial". ¿Cómo puede conducir la negación de la premisa menor (consecuencia jurídica) a la negación de la premisa mayor (supuesto de hecho) cuando ésta contiene también hechos (situación fáctica) que no pueden desaparecer por medio de una operación lógica? Se han elaborado diferentes posibilidades de solución (por ejemplo, se transforma la premisa condicional así: "Aquel que actúe en estado de necesidad debe ser absuelto"). Aunque, hasta ahora, no se ha llegado a un resultado satisfactorio. La conexión entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica no es una causalidad natural, sino una disposición de validez (ver capítulo VII).

4. *Conclusiones disyuntivas*, en las cuales la premisa mayor es una disyunción (separación, segregación); se distinguen:

aa) la *disyunción excluyente* (*aut-aut*), en la que se afirma que una de las premisas es necesariamente verdadera, las otras, no obstante, son falsas (*tertium non datur*):

o bien es A, o bien es B
A no es
―――――――――――――
por lo tanto, es B

Se excluye que A y B sean a un mismo tiempo, como también se excluye que no sea ni A ni B;
dicho de otra manera:

X es o ladrón o encubridor
X no es ladrón
―――――――――――――
por lo tanto, X es encubridor

X no puede ser ladrón y encubridor a un mismo tiempo, puesto que robo y

encubrimiento se excluyen. Se descarta, también, que no sea ni ladrón ni encubridor.

Fundamento de esta constelación lógica es la llamada *determinación optativa*: X es poseedor de mala fe de un bien robado. No se puede establecer si él mismo lo ha robado o si lo ha recibido del ladrón. X ha cometido, en todo caso, un delito, sin que sea posible determinar cuál. ¿Puede ser condenado y, en caso afirmativo, cómo? O bien, ¿debe ser absuelto? (Ver, por ejemplo, *RGSt* 68, p. 257; *BGHSt* 9, p. 390; 12, p. 386; 21, p. 152). No se puede subestimar la problemática de la determinación optativa, la cual, empero, no sólo persiste desde el punto de vista lógico.

bb) La *disyunción no excluyente* (llamada también adjunción). Se determina que, por lo menos, una de las premisas es verdadera sin que se diga cuál; "o" en el sentido de "o también" (*vel*).

A es o (también) B es
A no es
---
por lo tanto B es

Las dos afirmaciones pueden ser verdaderas, pero las dos no pueden ser falsas a un mismo tiempo (pues la conclusión sería falsa); dicho de otra manera:

X ha matado o por instinto sanguinario o por codicia
no hubo instinto sanguinario
---
por lo tanto obró la codicia

Es posible, también, que haya obrado tanto el instinto sanguinario como la codicia, pues ambos motivos de homicidio no se excluyen. Se excluye, eso sí, que falten los dos motivos de homicidio al mismo tiempo.

5. *Conclusiones conjuntivas*: son conclusiones en las cuales la premisa mayor se compone de un juicio conjuntivo (conector "y"). En los juicios conjuntivos se niega que dos asertos puedan ser verdaderos a un mismo tiempo:
A y B no pueden ser ambos verdaderos, o
X no puede ser a un mismo tiempo ladrón y encubridor

Los *juicios copulativos* conectan en el juicio varios sujetos y/o varios predicados:

X e Y cometieron un robo. X tenía consigo un arma.

Hay otras conclusiones fuera de las aquí expuestas. Para los propósitos de la doctrina del método jurídico son significativas, especialmente, cuatro conclusiones: *deducción*, *inducción*, *abducción* y *analogía* (la última no es, en sentido estricto, una conclusión lógica). Fuera de la deducción, las demás conclusiones son bastante problemáticas, es decir, menos rigurosas que el silogismo, especialmente la forma del modo barbara (subsunción). Por esta razón su formalización se dificulta y se resisten fuertemente a su utilización en el procesamiento de datos. Por consiguiente, en relación con ellas, muchos se abstienen de llamarlas "conclusiones". Esta es, en el fondo, una cuestión de definición. No se puede negar que estas formas de pensar existen y que uno (el jurista) las utiliza. Por lo tanto debemos ocuparnos de ellas. En este sentido se utilizará, en lo que sigue, el término "conclusión", tanto para la inducción como para la abducción, y lo haremos, en efecto, sin comillas. En el caso de la analogía, por el contrario, se evitará, en cuanto sea posible, el vocablo conclusión, pues no se trata de una auténtica conclusión lógica. Pero será tratada aquí, puesto que su estructura se puede describir óptimamente en comparación con la deducción, la inducción y la abducción.

IV. CONTINUACIÓN: DEDUCCIÓN, INDUCCIÓN, ABDUCCIÓN, ANALOGÍA

Este acápite pertenece sistemáticamente todavía al anterior sobre las conclusiones lógicas. En razón de la especial importancia de las conclusiones por tratar a continuación las colocamos en un aparte especial.

Esquema 1.

Modos de concluir
Aclaración de los signos
N = norma
C = caso (casos)
R = resultado

El muchas veces citado "ejemplo de los fríjoles" de Charles S. Peirce (1839-1914) se encuentra en *Collected Papers* 3, p. 623. Los ejemplos siguientes fueron formulados por mí (el autor), no por Peirce.

1. *Deducción*. Es la conclusión que parte de lo general a lo menos general, a lo particular.

Tiene la forma:

N: Todos los fríjoles de este costal son blancos
C: Estos fríjoles son de este costal
———
R: Estos fríjoles son blancos

o dicho de otra forma:

N: Todas las normas expedidas por el legislador, observando correctamente el procedimiento formal, constituyen derecho
C: Las leyes nacionalsocialistas sobre la raza han sido expedidas por el legislador observando correctamente el procedimiento formal
———
R: Las leyes nacionalsocialistas sobre la raza constituyen derecho

La deducción parte de la regla (de lo general); por tal motivo es concluyente, sin embargo es tan sólo analítica, no amplía, entonces, nuestro saber. Lo buscado es el resultado. Se tiene que observar que las premisas pueden ser falsas (como en el segundo ejemplo). La regla misma se encuentra mediante la inducción. Pero ésta no puede ser estipulada autoritariamente.

2. *Inducción*. Es la conclusión de lo particular a lo general, del caso a la regla.

Tiene la forma:

C: Estos dos fríjoles son de este costal
R: Estos fríjoles son blancos
———
N: Todos los fríjoles de este costal son blancos

o dicho de otra manera:

C: Las leyes nacionalsocialistas sobre la raza se expidieron por el legislador observando correctamente el procedimiento formal
R: Las leyes nacionalsocialistas sobre la raza constituyen derecho

---

N: Todas las normas expedidas por el legislador observando correctamente el procedimiento formal constituyen derecho

La inducción constituye una conclusión *sintética* que amplía nuestro saber, pero que resulta *problemática*. Sobre una base inductiva tan exigua es una conclusión muy insegura (es posible que en el costal no se encuentren fríjoles blancos). Si se amplía la base inductiva, la conclusión se hace más segura.

C: Los fríjoles a, b, c, d, e, n son de este costal
R: Estos fríjoles son blancos

N: Todos los fríjoles de este costal son blancos

o dicho de otra manera

C: Las leyes nacionalsocialistas sobre la raza, el BGB (Código Civil), el StGB (Código Penal), el HGB (el Código de Comercio)... han sido expedidos por el legislador observando correctamente el procedimiento formal
R: Las leyes nacionalsocialistas sobre la raza, el BGB (Código Civil), el St GB (Código Penal)… constituyen derecho

---

N: Todas las normas expedidas por el legislador observando correctamente el procedimiento formal constituyen derecho

3. *Abducción*. Es la conclusión de lo especial a lo especial, sobre lo general; de un caso (resultado) a otro caso, sobre la regla.

Tiene la forma:

R: Estos fríjoles son blancos
N: Todos los fríjoles de este costal son blancos

C: Estos fríjoles podrían ser de este costal

o así:

R: Las leyes nacionalsocialistas sobre la raza constituyen derecho
N: Todas las leyes expedidas por el legislador observando correctamente el procedimiento formal constituyen derecho

---

R: Las normas nacionalsocialistas sobre la raza podrían haber sido expedidas por el legislador observando correctamente el procedimiento formal

La abducción es una conclusión insegura, produce sólo una hipótesis. Esta resulta, empero, imprescindible (sobre todo en el procedimiento para la creación de derecho). (¡Precomprensión hermenéutica!).

4. *Analogía*. No es una *conclusión lógica* sino una *comparación*. Puesto que procede *circularmente*, no es posible ejemplificarla tal como se procedió arriba con la deducción, la inducción o la abducción. Se compara por ejemplo C_1: estos fríjoles sobre mi mano abierta son de este costal, son blancos ("blancos" es una característica más conocida que C_2), con C_2: estos fríjoles en mi mano cerrada son de ese costal; si son o no blancos, es cuestionable ("blanco" es aquí una característica menos conocida que C_1). Bajo el punto de comparación (regla, *tertium comparationis*) de que todos los fríjoles de este costal son blancos, se equipara C_2 con C_1 en relación con el color blanco. La consecuencia es que todos los fríjoles C_2 son blancos.

De igual manera se pueden comparar, en el segundo ejemplo, las leyes nacionalsocialistas sobre la raza, que fueron expedidas observando correctamente el procedimiento formal (esto, por cierto, también es un problema, aunque no se revisa aquí, sino que se supone dado), con el BGB (Código Civil), el StGB (Código Penal), el HGB (Código de Comercio)... que fueron expedidos observando correctamente el procedimiento formal y que sin duda constituyen derecho. Estas leyes coinciden, efectivamente, en que fueron expedidas observando correctamente el procedimiento formal. De acuerdo con la regla positivista de que todas las normas que observen el procedimiento correcto constituyen derecho, también las leyes nacionalsocialistas sobre la raza se muestran como derecho.

El *argumentum a contrario* (*conclusión a partir del contrario*) tiene el mismo esquema de la analogía, aunque el punto de comparación (*tertium comparationis*, la regla) es otro. Por ejemplo, sólo las leyes que por su contenido son justas, o sea, aquellas que por antonomasia no son injustas, tienen carácter jurídico. C y R no coinciden, puesto que C constituye una

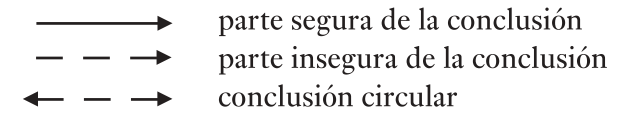
"injusticia legal". En consecuencia, las leyes nacionalsocialistas sobre la raza no constituyen derecho.

A continuación se explicarán un poco más los cuatro procedimientos metódicos. Con tal fin utilizamos un esquema diferente al precedente, pues una variación tal del anterior podría dar mayor claridad.

Esquema 2

Aclaración de signos:

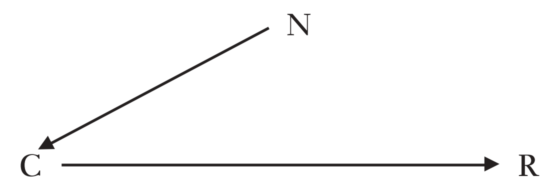
N = Todos los casos de hurto peligroso son hurto grave realizado mediante arma (§ 250 StGB)
C (C_1) = X ha realizado un hurto peligroso utilizando ácido clorhídrico
R (C_2) = X ha realizado un hurto grave utilizando el "arma" ácido clorhídrico (§ 250 StGB)



El punto de partida es un caso descrito en el *BGHSt*: X le echa ácido clorhídrico en la cara a una cajera y la despoja luego del dinero. En la sentencia del BGH (Tribunal Federal alemán) se trata de resolver la pregunta acerca de si X cometió un hurto agravado. De acuerdo con el § 250 StGB (Código Penal alemán), válido en el momento del hecho, existe un hurto agravado, entre otras cosas, "cuando el autor [...] en el momento del hurto porta consigo un arma, para impedir o vencer la resistencia del otro por medio de violencia o amenaza de violencia". Había que decidir, por lo tanto, si con ese uso el ácido clorhídrico es un arma. El *Bundesgerichtshof* lo afirmó. Dado que esta decisión es muy controvertida y se rechaza mayoritariamente, el legislador reformó el § 250 del Código Penal, que ahora reza: "Portar consigo un arma o cualquier instrumento o medio, para..."; este, por tanto, ya no es tema de disputa. El caso, sin embargo, sigue siendo muy instructivo desde la perspectiva metódica. Lo ampliamos en el sentido de interrogarnos sólo sobre si el ácido clorhídrico con ese uso es o no un arma. Según el

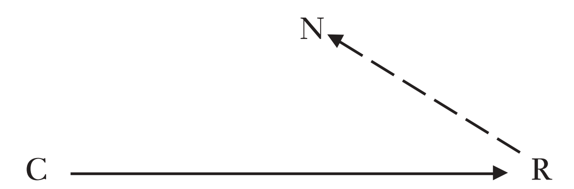
punto de partida y la finalidad, las conclusiones son diferentes (como ya se mostró arriba en la p. 149).

1. *Deducción* (una conclusión *a partir* de la norma)



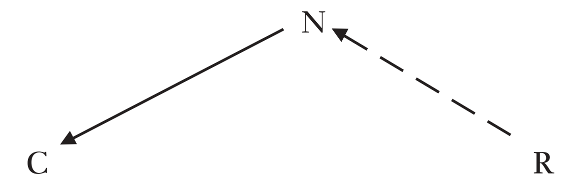
La deducción es una conclusión analítica que no amplía nuestro conocimiento, pues R está contenido ya en N → C

2. *Inducción* (una conclusión *para llegar* a la norma)



La inducción es una conclusión sintética, problemática que no amplía nuestro conocimiento. Puesto que el § 250 StGB no abarca, sin duda, todos los casos de hurto peligroso debe cambiarse (lo que en efecto sucedió).

3. *Abducción* (una conclusión *sobre* la norma)

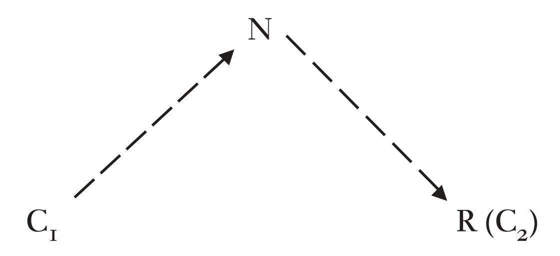


La abducción es, como la inducción, una conclusión problemática, insegura. Produce una hipótesis: ácido clorhídrico *podría* ser aquí un "arma".

4. *Analogía*. No es una conclusión lógica, sino una comparación, una equiparación. Se puede hablar, perfectamente, de una *comparación de casos*, sólo que, al hacerlo, se debe advertir que tal comparación –muy en contra de la suposición de algunos metódicos– no puede tener lugar *sin un punto de comparación*, un *tertium comparationis*. La siguiente figura de la analogía es, por tanto, falsa:

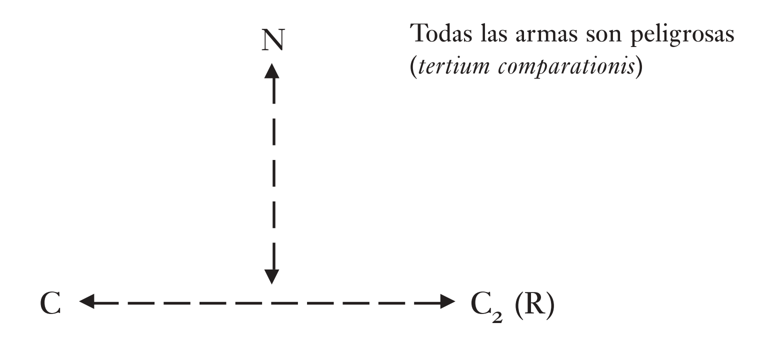
C_1 – – – – – – – – – – – – → C_2

Otros tienen la analogía por una *conclusión lógica*, que parte del caso (C_1) sobre la norma (N) hacia el resultado (R, o bien, C_2). La figura para esto tendría que verse así:



Esta figura presenta, no obstante, una imagen falsa de la analogía. Sugiere la idea de que así como la deducción, la inducción o la abducción son una conclusión lógica, la analogía también lo es. Pero no lo es; se trata, más bien, de una *comparación*. De acuerdo con la figura, salta por encima de la norma, hacia el resultado. Son *dos* pasos inseguros, lo que no está permitido en una conclusión lógica. Mientras que la deducción, la inducción y la abducción tienen en común, respectivamente, orientarse hacia una conclusión, en cada caso distinta, el proceder de la analogía no concuerda con ninguna de las tres conclusiones. La figura contiene en un punto algo aproximadamente correcto, esto es, que la analogía se inicia con la inducción (a partir de F) y termina, lo mismo que la deducción, en R o (C_2). Pero ella, sin embargo, no empieza ni termina *tan sólo* allí, sino que procede en forma *circular*; está, *simultáneamente*, en C, N y R (C_2); algunas veces más en estos, otras más en aquellos. El que la analogía sea una "conclusión

circular" ("conclusión" pensada de manera no específica), pues las operaciones no suceden unas tras de las otras sino, ya lo dijimos, simultáneamente (se condicionan recíprocamente), no se refleja, de ninguna manera, en la figura de arriba. Una representación gráfica de esta conclusión circular es posible, nada más, en forma imperfecta, aproximadamente así:



Escopetas, pistolas, cañones… son peligrosos. Ellos son armas y, como tales, más conocidas que C2 (ácido clorhídrico)

Puesto que C_2 concuerda en algunos puntos con C_1 (hurto, peligroso, la intención, impedir resistencia), C_2 y C_1 se equiparan respecto del punto en cuestión: ácido clorhídrico = ¿"arma"?

C_2 puede ser subsumido en N

C_1 y C_2 se cotejan bajo el punto de comparación (*tertium comparationis*) N y luego se equiparan entre sí. La flecha ilustra el círculo.

Una representación detallada de este esquema se encuentra en la página 174 en relación con el proceso de creación de derecho.

El *argumentum a contrario* (conclusión por inversión) tiene el mismo esquema que la analogía, aunque el punto de comparación (*tertium comparationis*, la norma) es otro. Por ejemplo: Sólo las leyes que por su contenido son justas o que por antonomasia no son injustas tienen carácter jurídico. C y R no coinciden, por cuanto C es una "injusticia legal". Por consiguiente, las leyes nacionalsocialistas sobre la raza no constituyen derecho.

Aclaraciones sobre los cuatro procedimientos metódicos

1. La *deducción* (el deducir) es la conclusión a partir de la norma hacia el caso. Es el modo de pensar del juez y de todos aquellos que tienen que aplicar o crear derecho. Con la deducción la conclusión es completamente cierta. Dado que una conclusión sólo es segura si parte de la norma (de lo general), es la deducción la única conclusión firme (se trata de un silogismo de acuerdo con el *modus barbara*). La conclusión deductiva es por lo tanto *vinculante*, pero es sólo *analítica*, no amplía nuestro saber. El esquema muestra, también, que a la utilización deductiva del derecho, a la subsunción, la preceden siempre otras operaciones de pensamiento, en particular, *la equiparación de caso y norma*, la cual no tiene carácter deductivo y tampoco es analítica, sino sintética; aquí se esconde lo "nuevo" en cada aplicación del derecho. El jurista versado no reflexiona, la mayoría de las veces, sobre este acto mental, porque éste es obvio en los casos de rutina. Persiste así la idea de "sólo" subsumir mecánicamente (en los ejercicios de la práctica académica se proporcionan, con frecuencia, sólo los casos relevantes en relación con las normas sobre las cuales recae la pregunta, para lo que ya se ha anticipado la equiparación o diferenciación y, por ende, sólo queda comprobar si se puede subsumir; en otras palabras, un recorte lamentable del procedimiento metódico). En el caso ya mencionado del BGH no resulta obvia la equiparación entre ácido clorhídrico y armas. Primero tiene que efectuarse expresamente tal equiparación, antes de que se pueda subsumir. Con lo anterior se muestra (imperceptiblemente) que la deducción (subsunción) únicamente configura el último término de la creación de derecho, algo así como "la prueba (analítica) sobre el ejemplo". Resulta claro, además, que la limitación de las ciencias (reales) a la deducción no es posible, aun cuando ésta es imprescindible para cualquier ciencia.

Algunos piensan, sin embargo, que por causa de la cientificidad la ciencia debe limitarse a concluir en forma deductiva, al silogismo, y con ello a

la lógica asertórica, por ejemplo, Karl Popper y Koch/Rüssmann[9]. A esto corresponde el *dualismo metódico entre deber ser y ser*, sostenido en especial por los neokantianos (Radbruch y Kelsen), según el cual un deber siempre se puede retrotraer a un deber superior, jamás a un ser[10]. Si fuese posible descubrir el derecho de manera puramente deductiva, para cada pregunta habría, de hecho, siempre sólo *una* respuesta correcta. Pero esto no es posible, pues no disponemos de la fuerza hercúlea sugerida por Dworkin. Por lo menos en las ciencias normativas no se puede proceder tan sólo con base en la deducción, como ya se ha insistido varias veces. Esta sería una manera de considerar la ciencia normativa muy unilateral (se encuentra en forma extrema en Kelsen), que no tiene en cuenta suficientemente los hechos. Es interesante que en este punto no poco importante, por cierto, el derecho natural clásico y el clásico positivismo lógico normativo se parecen, pues ambos (supuestamente), proceden en forma puramente deductiva: la regla jurídica (la norma jurídica positiva) se *determina* a través de los principios de derecho y la decisión jurídica a través de la regla ("sólo" que con el derecho natural los principios generales se consideran como algo previamente dado, mientras que el positivismo concibe la "norma fundamental" como una disposición humana, como hipótesis o axioma). Pero un método como éste no ha sido practicado nunca, pues es, simplemente, inaplicable. Si bien los principios generales no son simples "formas vacías", su contenido, sin embargo, es tan pobre como para que de ellos se pudiese deducir el orden jurídico positivo; siempre confluye lo empírico (Kelsen fue, ciertamente, muy sensato al admitir una mecánica en construcción escalonada del orden jurídico: principio-regla-caso. Sólo que consideró la

---

9 K. Popper. *Logik der Forschung*, 9ª ed., 1989; H. J. Koch/K. Rüssmann. *Juristische Begründungslehre*, 1982. Según Popper la ciencia solo puede falsar, no verificar; de todas maneras a partir de la no falsación de una tesis se puede deducir la probabilidad de su exactitud. Pero aun a pesar de lo importante que es la falsabilidad, precisamente en la ciencia del derecho ("injusticia legal", "no derecho") no se puede renunciar, sin embargo, a una fundamentación positiva.

10 Ver G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, pp. 87 y ss. = GRGA, T. 2, 1993, pp. 221 y ss.; H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960 (reimpr. 1976), *passim*. Sobre esto en forma muy completa G. Ellscheid. *Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kant*, 1968.

obtención de los *contenidos* jurídicos no como tarea de la ciencia sino de la política). Igualmente, la ley positiva no decide casi nunca, de manera inmediata y libre de dudas, un caso real y concreto con sus normas generales; una ley es "clara", en sentido estricto, sólo allí, donde se utilizan conceptos numéricos, pues sólo los conceptos numéricos son unívocos. Prescindiendo de ello, para la "aplicación del derecho" (que es, como se dijo, en efecto, subsunción, pero no en primera línea) se necesita siempre una elaboración de la norma en el caso concreto. Una lógica puramente deductiva está aquí llamada a recoger. (Si en el campo anglo-americano la relación entre principio y regla[11] se presenta en forma distinta, esto radica, principalmente, en que allí se trata, de manera predominante, de *case law* y no de leyes escritas).

2. La *inducción* (el inducir)[12] tiene como punto de partida el caso, se busca la regla (norma). Esta es la forma de pensar característica del legislador. Amplía nuestro saber, por cuanto N no resulta a partir de C → R. Es, por tanto, una *conclusión sintética*, pero sobre una base incompleta. Conduce, así, a *juicios problemáticos*, pues en la inducción sólo es seguro el tránsito de C a R, que resulta análogo a la deducción (no se "concluye", empero, el resultado a partir del caso –esto no sería posible–, pero se concluye la norma a partir del resultado, lo cual aquí no se cuestiona). El tránsito de R a N resulta inseguro y corresponde a la abducción. La inducción resultaría concluyente si se observan *todos* los ejemplares (que *todos* los cuervos son negros), lo cual resulta prácticamente imposible. La inducción completa se presenta sólo en la matemática. Siempre puede ocurrir, por lo tanto, que la conclusión lleve a un resultado falso, por cuanto no todos los fríjoles en el costal son blancos, o bien, no todos los casos de hurto en los que se utiliza algún instrumento peligroso son de *lege lata*, no todos los casos de hurto agravados (de allí parte el legislador en el caso del ácido clorhídrico, razón por la cual modificó de acuerdo con el § 250 StGB).

---

11 Ver capítulo IV, V.

12 Sobre la lógica inductiva comparar W. Stegmüller. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, T. 1, 6ª ed., 1978, pp. 468 y ss.; del mismo, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, T. IV, 1, 1973, pp. 75 y ss. También, especialmente, R. Wittmann. "Induktive Logik und Jurisprudenz", en *RTh* 9 (1978), pp. 43 y ss.

Desde la perspectiva de Popper no se puede calificar de ninguna manera la inducción como "conclusión" lógica. La inducción por sí sola es un instrumento poco idóneo para llegar a afirmaciones verdaderas. Esto se ha intentado, por supuesto, una y otra vez. El positivismo jurídico empírico, algunas corrientes de la filosofía existencialista[13], la ética de situación y, recientemente, el método de "pensamiento de caso"[14], pretenden llegar a una decisión jurídica a partir del caso sin ayuda de la norma. Que la inducción ofrecezca dudas científicas a los más estrictos lógicos, es algo que, como teórico del derecho, se tiene que aceptar. Pues, como se ha dicho, por entero sin un momento inductivo (completamente sin ser) no se puede proceder por antonomasia con el método jurídico. *Ergo*, la inducción resulta imprescindible para la creación de derecho. Pero cómo se puede llegar a una decisión de deber ser *exclusivamente* a partir de la facticidad del caso continúa siendo un secreto reservado a aquellos que lo afirman.

3. La *abducción* (el llevar de un lado a otro) es una conclusión que parte del resultado. Esta sugiere la creación de derecho con base en el resultado y es, por lo tanto, sospechosa. Y, sin embargo, a cada subsunción le precede una abducción. El jurista versado la completa, sin excepción, tan rápido y tan alejado de toda reflexión que no le resulta consciente. En el caso del ácido clorhídrico el juez tiene claridad meridiana sobre que se podría tratar de un hurto agravado, por cuanto, con el uso dado en el caso, de acuerdo con el § 250 StGB, el ácido clorhídrico se tiene que considerar como arma. Si no tuviese esa precomprensión tendría que hojear indeciso y sin método en las leyes hasta encontrar algo adecuado. Sólo se tiene que saber lo que brinda la conclusión por abducción: un resultado no definitivo, sino "únicamente" una *hipótesis*, que ayuda al que busca derecho, para alcanzar metódica y argumentativamente el resultado definitivo. La *precomprensión hermenéutica* no tiene por qué entenderse como un

13 Representativo en relación con este tema, G. Cohn. *Existentialismus und Rechtswissenschaft*, 1955.

14 Ver F. Haft. "Falldenken statt Normdenken", en *Der öffentliche Sprachgebrauch*, editado por la Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung, T. 2, 1981, pp. 153 y ss. Ver también, del mismo, "Die 'Regeln' der Rechtsanwendung", en L. Philipps/H. Scholler. *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 21 y ss.

"prejuicio" en el significado negativo del término. Lo anterior vale también para el llamado *sentimiento de derecho* que, en cuanto capacidad para poseer precomprensiones acertadas, tiene carácter abductivo y puede ser una ayuda de orientación primeriza y provisional.

Se debe tener en cuenta que la abducción, en cuanto conclusión a partir del resultado, constituye una conclusión insegura, riesgosa, que produce sólo juicios problemáticos, de tal manera que su inseguridad se puede manifestar en cualquier momento, pues los fríjoles, precisamente, pueden no proceder de este costal, la leyes nacionalsocialistas sobre la raza pueden no haber sido expedidas de acuerdo con el procedimiento formal correcto, y el ácido clorhídrico, con el uso concreto en el caso descrito, puede ciertamente no ser un arma. La precomprensión –así como también el sentimiento de derecho– tiene que permanecer abierta para las correcciones necesarias.

De acuerdo con Peirce, la abducción precede a la inducción. En relación con esto se pueden tener dudas. Tal como se desprende de los esquemas anteriores, en la analogía los momentos inductivos y abductivos llegan a ser eficaces, pero estos no ocurren uno detrás del otro, sino que aparecen *al mismo tiempo*, lo cual demuestra que la analogía es un procedimiento circular. Por lo demás, la abducción se diferencia también de la analogía, pues mientras que aquella *encuentra* hipótesis, ésta *trabaja* con hipótesis.

Especialmente Charles Sanders Peirce ha cosechado grandes frutos alrededor de la abducción. Su destacado significado se encuentra en que él, sobrepensando a Aristóteles y a Kant, ha desarrollado una lógica y una ontología de las "relaciones"[15]. En la ciencia del derecho hay, hasta ahora, sólo unas cuantas voces de apoyo[16]. Según Umberto Eco y coautores, la

---

15 Aquí se debe nombrar, especialmente, la colección en varios tomos *Collected Papers*. También, Ch. S. Peirce. *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, editado por K.-O. Apel, 2ª ed., 1976.

16 Ver K. Lüderssen. *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1972, especialmente p. 23; del mismo, "Regel und Fall", en *ARSP*-Beiheft 45, 1992, pp. 129 y ss. Así mismo, L. Schulz. *Das rechtliche Moment in der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce*, 1988; A. Kaufmann. "Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen; Grundlegung einer personalen Rechtstheorie"; en *RTh* 17 (1986), pp. 257 y ss. También, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 282 y ss.

abducción es la más atrevida de las conclusiones, de la que se sirven los detectives (Sherlock Holmes, Edgar Allan Poe), para rastrear una sospecha[17].

Interesante es el reciente intento de Lorenz Schulz dirigido a verificar, a través de la abducción, la obtención de indicios en el sentido del derecho procesal penal. Para poder llevar a cabo un sumario ante la fiscalía y la policía; para poder interponer una demanda a través de la fiscalía; para la apertura de un juicio por parte del Tribunal, debe existir y debe constar un grado distinto de sospecha sobre la comisión de un delito por parte de determinada persona. Es, seguramente, una idea inteligente que la obtención de indicios pudiese tener una estructura similar a la generación de pistas a través de detectives. En ambos casos se trata de hallar hipótesis de trabajo. Con ello Schulz pone de manifiesto, no obstante, las dificultades relacionadas con la formalización de la conclusión abductiva[18].

Acto seguido merece atención especial el pronunciamiento de Bernd Schünemann referente a que: "Con el proceso de abducción concebido por Charles Peirce [...] se proporciona una irreprochable fundamentación científico-teórica a la idea, tan apreciada y por mucho tiempo tan inaccesible –digna de oráculo–, de la "naturaleza de la cosa"[19]. Lo interesante de esta opinión es que Schünemann lleva la *abducción* a la proximidad de la "naturaleza de la cosa". En realidad existe aquí un paralelo y, en efecto, por cuanto mediante la "naturaleza de la cosa" también se busca hallar hipótesis que hacen posible "hacer menos tenso el rígido dualismo entre valor y realidad, entre deber ser y ser, así no lo superen" (Radbruch[20]). Por lo demás se debe anotar que ya de tiempo atrás no es posible hablar de una

---

17 U. Eco/Th. A. Sebeok (Eds.). *Der Zirkel oder im Namen der Drei*, 1985, pp. 7 y ss. y *passim*.

18 L. Schulz. "Verdacht und Abduktion; Ein Beitrag zur Definition eines strafprozessualen Grundbegriffs", en *ARSP*-Beiheft 53, 1994, pp. 193 y ss. Una investigación monográfica de este tema aparecerá a principios de 1998 con el título "Normiertes Misstrauen; Der Verdacht im Strafverfahren".

19 B. Schünemann. "Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts", en *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 117 y especialmente 123.

20 G. Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1965, p. 23 = GRGA, T. 3, 1990, p. 141.

"popularidad" de la idea de la "naturaleza de la cosa". Desde hace años se ha dado despedida a ese estereotipo al que se había acudido en razón del estado de necesidad jurídica en los días de la postguerra (yo he escrito "naturaleza de la cosa", con todo, siempre entre comillas, es decir, en un metaidioma distanciado y, en relación con esto, Gustav Radbruch habló tan sólo de "una manera de pensar"). En el futuro se le deberá otorgar a la abducción mayor atención que la concedida hasta ahora por la doctrina del método jurídico. A partir de ella no se pueden prometer "conclusiones irreprochables", pues no las puede producir. Si esto no se toma en cuenta le sucederá lo mismo que le sucedió a la idea de "naturaleza de la cosa", será sólo un episodio pasajero en el campo de la doctrina del método jurídico.

4. La *analogía*, como ya se ha subrayado varias veces, *no es* una *conclusión lógica*, sino una *comparación* con una estructura muy compleja (éste pudo haber sido el motivo por el cual Peirce no se ocupó de ella). Por medio de la analogía se compara lo más conocido con lo menos conocido, para coordinarle luego a esto último también la característica cuestionable que exhibe el caso primero. Por ejemplo, Marte coincide con la Tierra en relación con las características de un planeta: ser iluminado y calentado por el Sol, tener ciclos diarios y anuales, atmósfera...; bajo el punto de comparación (*tertium comparationis*) de la regularidad de los sucesos en la naturaleza se "concluye", que en Marte, así como en la Tierra, también hay vida. Si se considera que la atmósfera en Marte es mucho más exigua, resulta, entonces, la conclusión por oposición, de que en Marte no hay vida.

Tal comparación analógica del proceso de creación de derecho no es percibida conscientemente por el práctico, la mayoría de las veces. Son los hombres de ciencia quienes, ante todo, buscan fundamentar en forma reflexiva la verdadera estructura del proceso de creación de derecho. Pero incluso entre ellos hay muchos que no quieren observar en este proceso ninguna analogía, quizá porque quieren desterrarla del derecho a causa de su cuestionabilidad e inseguridad (reducir la analogía al instrumento elemental para cubrir los vacíos de la ley). Pues bien, la analogía es de hecho muy problemática, pero no por cerrar ante ella los ojos se hace superflua.

No hay duda de que la analogía es mucho más insegura, osada y riesgosa que la inducción o la abducción. La validez del procedimiento analógico depende, ante todo, de dos factores. En primer lugar, se deben presentar en

lo posible muchos *casos de*, para ampliar la base de la comparación. El jurista hace esto incluso con fervor, sin ser consciente, muchas veces, de que con ello establece analogías. En segundo lugar, la validez de una analogía depende, esencialmente, de la *elección del punto de comparación* (*tertium comparationis*) y de la determinación de las características comparadas (en el ejemplo anterior esto es claro). La determinación del punto de comparación se basa no tanto en un conocimiento racional sino, en buena parte, en una *decisión* y, por lo tanto, en un ejercicio de *poder*, lo que en la mayoría de los casos ocurre, incluso, sin que medie reflexión. Dependiendo de la escogencia del *tertium comparationis* pueden surgir resultados completamente opuestos entre sí: utilización analógica del derecho o conclusión por el contrario. Así, pues, puede resultar que precisamente con la analogía se hayan equipa-rado injustamente el caso y el resultado: fríjoles blancos con negros, las leyes nacionalsocialistas sobre la raza con el derecho, el ácido clorhídrico con las armas.

La analogía se denomina con frecuencia incorrectamente *conclusión de nivelación*, porque ocurre en el mismo plano. No se puede concluir directamente de lo particular a lo particular, de un caso a otro (o bien al resultado). Por este motivo no es acertada la opinión de que la creación de derecho es solamente una *comparación de casos*, sin norma (regla).

La analogía, digámoslo otra vez, no es una conclusión lógica. Procede en *círculo*, porque es, a *un mismo tiempo*, siempre, caso, norma y resultado, pues estos se condicionan mutuamente. Si la analogía misma no es una conclusión lógica, entonces aparece en el procedimiento de la creación de derecho junto con la *deducción*, la *inducción* y la *abducción* (esto se muestra en los esquemas 5 y 6 de las pp. 176 y 178). Sólo que a partir de aquí se vuelve significativo cómo tiene lugar el proceso de creación de derecho[21], y

---

21 Ver sobre esto en A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982 (con numerosas fuentes bibliográficas). De tiempos recientes, P. Nerhot (Ed.). *Legal Knowledge and Analogy; Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, 1991, del cual se destaca la contribución de G. Zaccaria. "Analogy as Legal Reasoning; the hermeneutic foundacion of the analogical procedure", pp. 42 y ss.; F. Romeo. *Analogie*, *Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht*, 1991; R. M. McInerny. *The Logic of Analogy*, 1961. Más artículos sobre analogía

especialmente, qué partes de este proceso son seguras y cuáles son inseguras. En el proceso analógico, así entendido, a la utilización y a la creación de derecho se integran la *precomprensión hermenéutica* y el *círculo hermenéutico*. Quien reflexione sobre esto concluirá que tal descubrimiento no es tan sorprendente. Esta interpretación se podría falsar con la prueba de que la creación de derecho no ocurre por analogía y tampoco en forma circular. Si se conjuran, como de ordinario ocurre, los peligros de la analogía, entonces tales peligros no se disminuyen, sino que, por el contrario, resultan más peligrosos que la analogía misma, cuando no se reconocen las analogías como tales, lo cual es especialmente crítico en el efecto de la prohibición de analogía en el derecho penal.

Aristóteles ya había reconocido que la analogía es una conclusión híbrida compuesta de deducción e inducción (y esto por cuanto él comienza, como en la inducción, con el caso y termina, como en la deducción, con el resultado)[22]. Aristóteles no sabía nada sobre la abducción y esta situación permaneció así, en el ámbito de la lógica clásica, hasta más allá de Kant. Fue Peirce quien hizo patente la abducción a los lógicos, la cual naturalmente ya se había efectuado siempre de manera inconsciente. Que ésta tenga también una importante función en la analogía es algo que tampoco interesó a Peirce, pues hasta donde sé él no se ocupó en absoluto de la analogía. Con todo, precisamente porque en el proceso analógico de creación de derecho tienen lugar, asimismo, momentos abductivos, inductivos y deductivos, hacen evidente la estructura inmensamente compleja de la analogía, su problematicidad y, sobre todo, su enorme productividad, tanto que Kant mismo

---

se encuentran en *Dialectica* 17 (1963). Digno de atención, también, A. W. H. Langhein. *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode*, 1992; F. J. Bronze. *A Metodonomologia entre la Semelhança diferenca; Reflexáo Problematizante dos Pólos da Radical Matriz Analogia do Discurso Juridico*, 1990.

22 Aristóteles. *Retórica* I, 1357 b. El habla del carácter ejemplar de la analogía: Dionisio exigió un guardia y construyó, entonces, una tiranía. De la misma forma sucedió con Pisístrato, Teagenes y muchos otros. De ello resulta una frase general: quien exige un guardia, aspira al dominio de la fuerza. Así aspirará Dionisio a una tiranía, aun cuando no se conozcan sus intenciones, pues él exige un guardia. Sobre esto ver G. E. R. Lloyd. *Polarity and Analogy; Two Types of Argumentation in Early Greek Thought*, 1966.

(“el destructor de todo”), en sus *Lecciones sobre metafísica y teología racional* se pronunció sobre el “espléndido camino de la analogía”[23].

En razón de tal problematicidad de la analogía es comprensible, e incluso legítimo, que se hubiese intentado prescindir de ella. No se puede pasar por alto, sin embargo, que prácticamente todas las ciencias hacen referencia a la analogía[24]. Si bien en relación con ella se tiene que colocar una señal de advertencia, un aviso de prohibición sería, sin duda, equivocado y carecería por completo de efectividad. Precisamente en la ciencia del derecho desempeña la analogía una tarea preponderante, que es subestimada aun por muchos metódicos. Se le atribuye sólo un papel insignificante, esto es, como instrumento metódico, allí donde la ley denota un vacío que tiene que ser llenado.

Goethe ha caracterizado, con mucho acierto, la naturaleza de “no sólo, sino también” propia de la analogía, sus beneficios y peligros, su punto medio aristotélico entre fluidez y solidificación: “Cada ser existente es análogo a todos los seres existentes, por tal razón el ser nos parece siempre, a un mismo tiempo, separado y relacionado. Se observa la analogía demasiado, entonces coincide todo lo idéntico, se evita, entonces se esparce todo en el infinito. En ambos casos se estanca la reflexión, una vez, como superviviente, otra vez, como muerta”[25]. ¡Analogía entre identidad y diferencia!

En la analogía aquello por conocer no va a ser conocido en sí (en su esencia) sino en una *relación* que tiene con respecto a otro que es más conocido. Por consiguiente, aquí no puede ser suficiente la lógica asertórica, se necesita un predicado, una lógica de relación (si se necesita también una lógica deóntica, es algo que queda abierto). En la analogía se trata siempre de la “conclusión”, de la correspondencia en algunas de las características a la correspondencia, también, en las otras características desconocidas. Con ello puede haber una analogía fuerte: a, b, c, d, e: a, b, c, d, x; y una

---

23 Kant. *Kant’s gesammelte Schriften*, editado por la Deutschen Akademie der Wissenschaften, Vol. 28, parte cuarta, lecciones, T. 5, segunda mitad, segunda parte: *Vorlesungen über Metaphysik und rationale Theologie*, 1972, p. 1023.

24 Documentación en A. Kaufmann. *Analogie* (nota 21), p. 21.

25 Goethe. *Werke*, ed. Hamburger, 9ª ed., 1981, T. 12, p. 368 (*Maximen und Reflexionen*, Nº 23).

analogía débil: a, b, c, d, e: a, b, x, y, z. Nunca existe, en la realidad, una total igualdad o una total desigualdad, pues todo lo terrenal se asemeja, por lo menos, en el punto *en que es* y se diferencia, por lo menos, en el punto en que está *en otro lugar en el espacio*. Este es, desde luego, también el eje de la doctrina de la analogía *entis*: el hombre se asemeja a Dios, pero Dios es presentado como aquel que se parece al hombre, pues el hombre es más conocido.

Aquí se muestra muy claramente el *círculo* en la conclusión. Mas no que se pudiese desechar el conocimiento por causa de la circularidad. Totalmente sin círculo sólo se procede con la deducción; ésta, sin embargo, no conduce nunca, como ya se dijo, a nuevos conocimientos. Todos los procesos de conocimiento, en cuanto están dirigidos, de todas formas, a contenidos, no pueden evitar el círculo: la referencia original de expresión y expresado, de lenguaje y cosa nombrada en el lenguaje[26]. Naturalmente, no todo círculo es permitido. El círculo vicioso, la *diallele*[27], el "círculo en la prueba", es un sofisma no permitido. El "círculo hermenéutico" no es, empero, una *diallele*; no es, en esencia, un círculo, como lo han comprobado especialmente Heidegger y Gadamer, sino una condición trascendental del entendimiento[28]. No se puede comprender la parte sin la comprensión previa del todo; el todo, sin embargo, no es comprensible sin que se capten sus partes.

---

26 Más acerca de esto en A. Kaufmann. "Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik", en *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, pp. 243 y ss.; del mismo, "Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt"; en S. Panou y otros (Eds.). *Philosophy of Law in the History of Human Thought*; *ARSP*, Supplementum II, 1988, pp. 114 y ss.

27 Ya Aristóteles había señalado esta "interacción" como errónea en sus *Refutaciones sofísticas*.

28 M. Heidegger. *Sein und Zeit*, §§ 32 y 63; H. G. Gadamer. *Wahrheit und Methode*, 5ª ed., 1986, pp. 270 y ss. En general ver A. Kaufmann. "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, pp. 7 y ss.; también, del mismo, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993, pp. 65 y ss. Muy claro en J. Stelmach. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991, pp. 54 y ss. y *passim*.

La analogía procede de manera circular y sólo alcanza resultados problemáticos. Así, no es sorprendente que, hasta ahora, la analogía se hubiese mostrado resistente frente a todos los intentos para su formalización. Ulrich Klug quiso superarlo con ayuda de los "círculos de similitudes", Francesco Romeo creyó encontrar una solución en la *fuzzy logic*[29]. Pero el círculo de similitudes no se deja determinar exactamente, pues el *tertium comparationis* no es siempre uno y el mismo: si un perro es o no similar a un león, no se puede decir sin más ni más. ¿Cuál es, aquí, el círculo de similitudes o *tertium comparationis* que viene al caso?: ¿"animal doméstico" o "animal vertebrado de sangre caliente"? Y la *fuzzy logic* es *fuzzy*, "difusa", "vaga", "rizada", "nebulosa". Círculos de similitudes y *fuzzy logic* no son, por consiguiente, adecuados para una lógica exacta, y ¿qué clase de lógica es ésta, que no es exacta? ¿Es ella, entonces, algo distinto a la "analógica"?[30]. Es difícilmente imaginable cómo se podría lograr la formalización de la analogía, pues o bien los medios no son adecuados (como en Klug y Romeo) o bien la analogía es destruida (sobre esto, precisamente, llama la atención Goethe).

Con agrado habrán de leerse las sentencias siguientes:

Radbruch: "La interpretación es el resultado de su resultado, el medio de interpretación será elegido después que el resultado ha sido verificado"[31].

Engisch: La creación de derecho "es una constante interacción, un ir y venir de la mirada entre premisa mayor y circunstancias de hecho"[32].

Conte: "Conocimiento de las reglas y conocimiento a través de las reglas"[33].

---

29 U. Klug. *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982, pp. 133 y ss.; F. Romeo. *Analogie; Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht*, 1991, *passim*.

30 Sin embargo, ver también L. Philipps. "Eine Theorie der unscharfen Subsumtion", en *ARSP* 81 (1995), pp. 405 y ss. y arriba p. 34, nota 48.

31 G. Radbruch. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2ª ed., 1913, p. 82 = GRGA, T. 1, 1987, pp. 325 ss. Comparar, también, W. Ecker. "Das Recht wird in und mit der Auslegung", en *JZ* 1969, pp. 477 y ss.

32 K. Engisch. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª ed., 1963, pp. 14 y ss. Engisch enfatiza que aquí no se trata de un círculo vicioso.

33 Así el título de un artículo de A. G. Conte en *Philosophy of Mind; Philosophy of Psychology*; IX International Wittgenstein Symposium, agosto 19 a 26 de 1984, Kirchberg/Wechsel (Austria), pp. 577 y ss.

Naucke: "Consenso como fuente del derecho correcto; derecho correcto como límite del consenso"[34].

¿Meros círculos viciosos?

En la discusión sobre la estructura de la analogía hemos arribado, repentinamente, al ámbito de la doctrina del método jurídico, en sentido estricto. Esto significa tan sólo la continuación de lo que fue explicado en relación con la lógica jurídica. La separación en dos acápites se realiza con miras a una presentación más clara.

V. Intento de una doctrina apropiada del método jurídico

Este intento será llevado a cabo a través de cuatro esquemas, teniendo como fundamento la doctrina del método jurídico tradicional (Friedrich Carl v. Savigny[35]). Esta doctrina constituye la base a partir de la cual debe ser construida una doctrina moderna del método jurídico[36]. Esto ha de suceder aquí. Sin embargo, antes que los cuatro esquemas sean explicados deben hacerse un par de aclaraciones, sin las cuales nuestro propósito no sería lo suficientemente comprensible.

Se hablará de una doctrina del método jurídico "apropiada", más bien, que "correcta", porque pueden existir diversas doctrinas "correctas" del método jurídico (que pueden, naturalmente, entrar en contacto y coincidir). Aquí se trata de la *comprensión hermenéutica* del método jurídico (otros aspectos, sin embargo, por ejemplo, aspectos lógicos, también serán objeto de reflexión). Puede abordársela, empero, también desde otra óptica, por ejemplo, desde la perspectiva de la informática jurídica. Las corres-

---

34 Así el título del artículo de W. Naucke en H. Hattenhauer/W. Kaltefleiter (Eds.). *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, 1986, pp. 47 y ss.

35 Ver F. C. v. Savigny. *Juristische Methodenlehre* (Kollegnachschrift von Jakob Grimm), editado por G. Wesenberg, 1951 (período temprano), y *System des heutigen Römischen Rechts*, T. 8; 1840/49; aquí, T. 1, Cap. 4, pp. 206 y ss. (período tardío). Luego, también, F. C. v. Savigny. *Texte und Studien*, editado por J. Rückert (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 105), 1998.

36 Por tal razón es hoy de gran valor una doctrina del método "actualizada" como la de K. Larenz (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991).

pondientes doctrinas del método deben ser "apropiadas" en sí y, bajo ese respecto, "correctas".

1. *Creación de derecho y proceso legislativo*

En las páginas 54 y siguientes se estableció por qué las doctrinas tradicionales del método jurídico sólo se ocupan de la creación de derecho en concreto, a partir de la ley, pero no del proceso legislativo, pese a que existe una llamativa "complementariedad entre la expedición del derecho y la aplicación del derecho"[37]. Pero la legislación vale, desde hace mucho tiempo, como un asunto puramente político y no científico. Este desarrollo ha conducido, infortunadamente, a que la teoría moderna de la legislación se desenvolviera al lado de la doctrina del método jurídico. Esto no podrá corregirse aquí. No obstante ha de llamarse la atención sobre un punto pues se trata de una interesante metódica de la configuración normativa. El legislador moderno se sirve, cada día más, de la analogía, incluso en el derecho penal. Se piensa en los supuestos de hecho en los que se describe, en primer lugar, el caso base (el *tertium comparationis*) del delito respectivo, seguido de varios *ejemplos reglas*, que son similares al caso base y en los cuales se puede decidir en forma análoga. Así *v. gr.* "el caso del hurto especialmente agravado" en el § 243 StGB: "En casos especialmente graves, el hurto se castigará con [...] Un caso especialmente agravado de hurto se presenta, por regla general, cuando para la realización del hecho el autor irrumpe en un inmueble...". Este *método ejemplarizante*[38] mantiene la altura media entre *casuística* (las características del caso especialmente agravado del hurto se presentan enumerativamente, como en el antiguo § 243 StGB, con lo que la punibilidad se restringe a estos casos; esto garantiza una gran seguridad jurídica, pero

---

37 K. A. Mollnau en K. H. Schöneburg (Ed.). *Wahrheit und Wahrhaftigkeit in der Rechtsphilosophie*; Hermann Klenner zum 60. Geburtstag, 1987, pp. 286 y ss. Ver, también, H. Klenner. "Analyse der Wechselwirkungen zwischen Rechtsanwendung und Gesetzgebung", en K. A. Mollnau (Ed.). *Einflüsse des Wirkens des Rechts und seiner gesellschaftlichen Wirksamkeit auf den Rechtsbildungsprozess*, 1982, pp. 77 y ss.

38 Sobre esto comparar R. Calliess. "Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht", en *NJW* 1998, pp. 929 y ss.

conduce, con frecuencia, a resultados ajenos a la vida) y *cláusulas generales* (el "caso especialmente agravado" no se delimita mediante la mención de clases de dicho caso, lo que trae como consecuencia una gran capacidad de adaptación a las circunstancias de la vida; vulnera, sin embargo, el mandato de determinación legal del supuesto de hecho). En contraste con esto, el método ejemplarizante significa una mayor flexibilidad de las características con las que, en caso necesario, se corresponde una inseguridad jurídica aún soportable. El peligro de una muy extensiva aplicación analógica del derecho no se puede, empero, dejar de considerar.

2. *Construcción escalonada del orden jurídico*

Como lo discutió Hans Kelsen, con el notable antecedente de Tomás de Aquino, existe una "construcción escalonada" (esta palabra se entiende de manera gráfica) en el proceso de la realización del derecho. De ello se va a partir también aquí, no obstante, con algunas muy importantes modificaciones[39].

Nosotros distinguimos tres escalones. El primer escalón lo conforman los *principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos*; en el segundo escalón se encuentran las *reglas jurídicas (normas jurídicas) concretas-generales*, *formal-positivas*, no suprahistóricas, pero vigentes durante un mayor o menor *período* ("período legal"); el tercer escalón es el *derecho concreto*, *material-positivo e histórico*. En pocas palabras: principio jurídico (idea de derecho)-norma jurídica-decisión jurídica. Con todo, esa sucesión sólo puede ser entendida como una sucesión lógica; ontológicamente la relación es al contrario pues el derecho concreto está más cercano al ser y más imbuido del ser que la idea de derecho.

Para la subsecuente comprensión, dos tesis son fundamentales y ambas son de igual importancia. La primera tesis muestra que en el proceso de realización del derecho ninguno de los escalones mencionados es prescindible. Esto quiere decir, por consiguiente: ninguna regla jurídica *sin* principio jurídico, ninguna decisión jurídica *sin* regla jurídica. La segunda tesis

39 En forma muy completa A. Kaufmann. *Analogie* (nota 21), pp. 10 y ss.

muestra que ningún escalón puede ser deducido del (lógicamente) inmediatamente superior. Esto significa, entonces: ninguna regla jurídica *sólo* a partir de los principios jurídicos (*sólo* a partir de la idea de derecho), ninguna decisión jurídica *sólo* a partir de la regla jurídica.

Con la primera tesis nos distanciamos de aquellas concepciones que establecen que se puede obtener el derecho sin criterio valorativo: a partir del poder (Hobbes), a partir de la voluntad (voluntarismo de la escolástica tardía o de la teoría libre del derecho) o a partir de intereses, expectativas, comportamientos tradicionales, roles de los congéneres o de otros hechos sociológicos (la antigua jurisprudencia de intereses, la sociología jurídica empírica, así como algunas nuevas doctrinas de la "naturaleza de la cosa"). La "normatividad de lo fáctico" (Georg Jellinek) no existe; allí donde se supone haber alcanzado una auténtica cualidad normativa a partir de un hecho, no se trata nunca de un puro hecho empírico, sino de un supuesto de hecho que ya ha sido colocado en relación con un valor, de un poder "ético", una voluntad "racional", un interés de "grandes prendas morales".

Con la segunda tesis –y precisamente de ella se trata en nuestro propósito– rechazamos, igualmente, en forma clara todas aquellas corrientes normativas unilaterales que, por el contrario, sólo miran el criterio valorativo, el principio, la norma, el deber ser y creen posible que a partir de allí se pueda llegar, sin más ni más, al derecho real. Estos intentos no han faltado (el derecho natural clásico, la jurisprudencia de conceptos, el positivismo lógico-normativo); aparece, sin duda, "la fuerza fáctica de lo normativo" como una fórmula mágica igualmente apropiada para tender el puente de la idea hacia la realidad, del deber ser hacia el ser. Pero ese ontologismo: la deducción de la existencia a partir de la esencia, del ser a partir de puros conceptos ("prueba ontológica de la existencia de Dios", comparar arriba p. 138 nota 2) se funda en una ilusión: no funciona en forma puramente normativa, siempre confluye lo empírico.

Aquí se confirma una vez más que la creación de derecho procede de manera deductiva-inductiva: en forma analógica (y como el lector lo recordará, también de modo abductivo). Se necesitan elementos del deber ser y del ser. El proceso legislativo tampoco es viable sin elementos del ser, sin una mirada a los posibles casos anticipados, sobre los cuales la ley ha de tener vigencia.

Ya arriba se mostró que por causa de su estructura circular el proceso de creación de derecho tan sólo puede ser representado, gráficamente, de manera imperfecta. Radbruch ha encontrado una imagen muy expresiva de esto; se trata de la construcción de un túnel que va a ser perforado por ambos lados: no se dará en el blanco si uno no se orienta constantemente de acuerdo con lo que sucede al otro lado. El texto dice a este respecto:

> La deducción del concepto de derecho se mueve manifiestamente en un círculo: ella pretende obtener el derecho indirectamente a partir del valor jurídico –aquello por lo cual el valor jurídico reclama vigencia– pero sólo puede definir el valor jurídico, de nuevo, a través de la referencia a la sociedad, cuyo componente constitutivo es el derecho. Aun cuando no se pueda lograr obtener un concepto de la vida en comunidad, jurídicamente inmune, nuestra deducción no carecería, sin embargo, de valor por causa de aquella conclusión circular: ella probaría, entonces, que la realidad jurídica se puede descomponer en dos partes, una *a priori* y otra *a posteriori*, así cualquiera de los dos componentes sólo pueda ser definido en relación con el otro. En tales conclusiones circulares, alrededor del eternamente indescifrable secreto, se mueve, ciertamente, toda la filosofía crítica. El proceso de una filosofía circular tal sería, no obstante, aquel de intentar abordar el túnel por ambos lados, de acometer el concepto de derecho por ambos lados; si se estrellan las dos zapas, entonces, es correcto. En la filosofía no existe ninguna otra prueba de la verdad diferente a la inmanente consecuencia lógica del pensamiento globalizante, ella es, al menos, un síntoma, también, de verdad trascendental[40].

3. *La perspectiva hermenéutica*

En las páginas 98 y siguientes se presentó la *hermenéutica* como una *filosofía trascendental*, que menciona, ante todo, las condiciones de posibilidad del lenguaje y del sentido de la comprensión, y no como método. No se trata de la efectiva comprensión previa de los jueces en persona, de su proceso de pensamiento, más allá del esquema sujeto-objeto, del sentido de comprensión

40 G. Radbruch. *Rechtsphilosphie*, en GRGA, T. 2, 1993, pp. 58 y ss. (el aparte aparece solamente en la edición completa).

real y de contenido[41]. Este efectivo proceder metódico se denomina, ahora, reiteradamente, "hermenéutica". Esto es, seguramente, permitido; únicamente se debe saber que esa clase de "hermenéutica" no es filosofía trascendental sino *método*. Las objeciones que se han elevado contra la hermenéutica irracional, subjetiva, acientífica, se relacionan casi siempre con esta clase de hermenéutica. Estas objeciones son, entonces, igualmente aplicables al método jurídico por antonomasia, que, como se ha dicho varias veces, no es, de hecho, puramente racional, exacto, unívoco. Inclusive, nosotros pretendemos comprender este método jurídico, así caracterizado, en lo posible racionalmente. Se trata de una *comprensión hermenéutica del método jurídico* (lo que incluye la idea de que también pueden existir otros métodos jurídicos y que aquella no puede reemplazarlos en forma absoluta).

4. *Del modelo de la subsunción hacia el modelo de la equiparación*

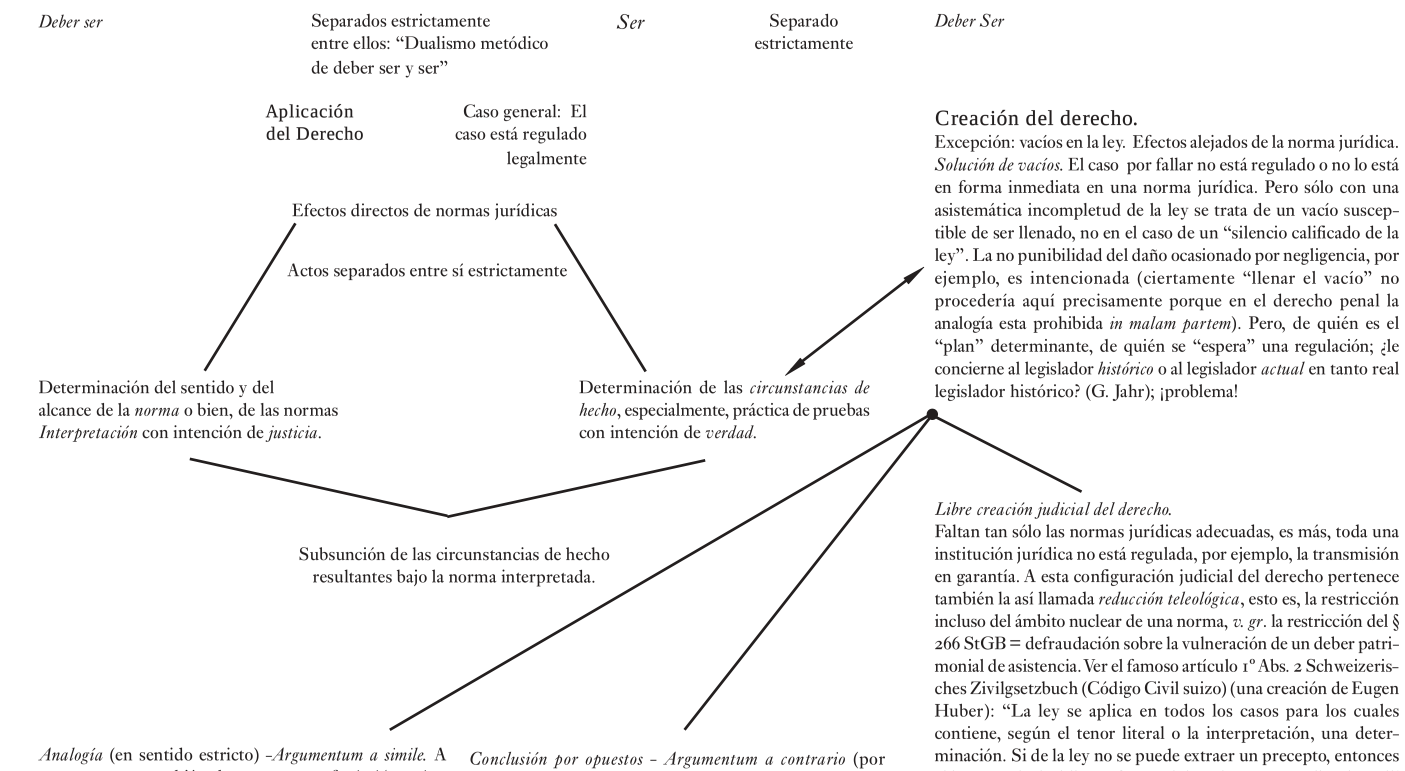
Nos ocuparemos, inicialmente, de los cuatro esquemas presentados a continuación. Las primeras representaciones conciernen a la doctrina del método tradicional: al *modelo de la subsunción* y a la *doctrina de la interpretación* que tiene su origen en Friedrich Carl von Savigny. Luego sigue la doctrina del método aquí sostenida: el *modelo de la equiparación* que se ilustrará con el ejemplo, ya familiar para el lector, del caso del ácido clorhídrico decidido por el Tribunal Federal alemán (arriba p. 152; aquí se presentará, a propósito, siempre el mismo caso, pues resulta muy útil para una determinada problemática que uno se haya grabado un caso apropiado, fecundo, flexible a las variaciones, que se pueda traer a la memoria cuando se quieran aclarar gráficamente representaciones más abstractas y más generales. En relación con esto, los casos del derecho penal son, en cuanto tales, la mayoría de las veces, más apropiados que aquellos de otras ámbitos del derecho, pues, por

---

41 Ver U. Schroth. "Philosophische und juristische Hermeneutik", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 344 y ss., quien llama la atención acerca de que Gadamer no nombra ninguno de los criterios de una comprensión correcta. Especialmente claro J. Stelmach. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie* (nota 28), *passim*.

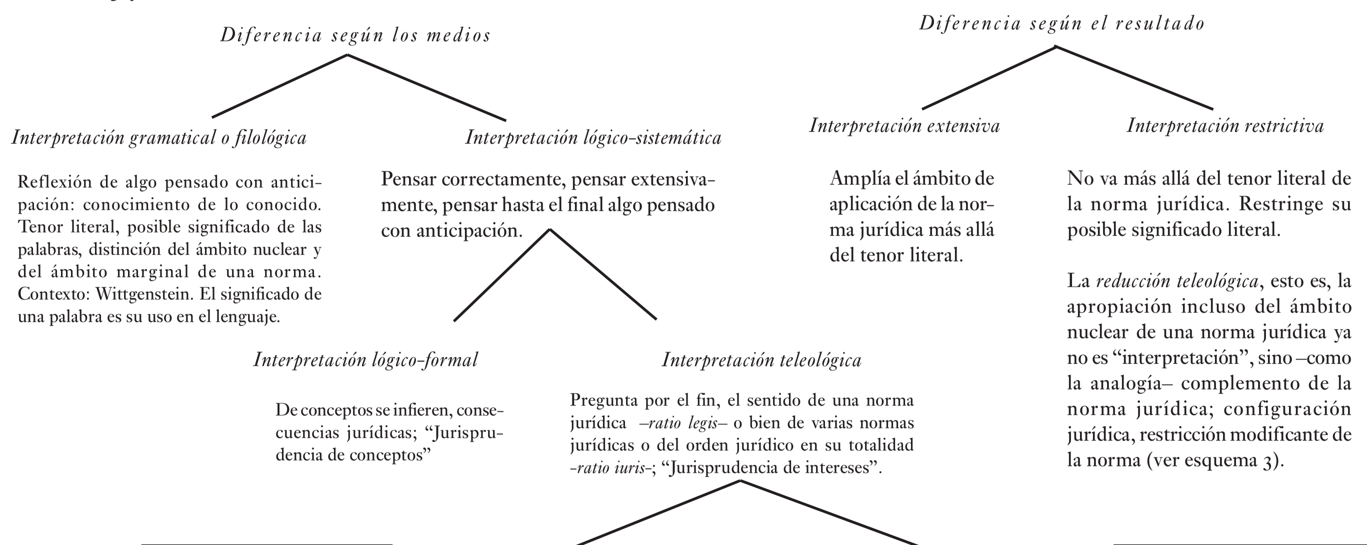
Esquema 3. Método Jurídico

El modelo tradicional de subsunción sobre la base de la doctrina del método de C. F. v. Savigny



Esquema 4. Interpretación Jurídica

Determinación del contenido y el alcance de normas jurídicas sobre la base de la doctrina del método fundamentada por C. F. v. Savigny



lo general, con base en ellos es posible mostrar más claramente los problemas del método. En lo que se refiere a la analogía, el derecho penal es piedra de toque por antonomasia). Precisamente en este lugar ha de indicarse que el *modelo de subsunción no se ha vuelto obsoleto*; de acuerdo con la opinión aquí sostenida también tiene lugar la subsunción, sólo que el método jurídico no se agota, en lo más mínimo, en una subsunción del caso bajo la ley. Así, en contra de la opinión de muchos metódicos (Josef Esser, Martin Kriele), los cánones tradicionales de la interpretación no carecen de valor, precisamente porque hasta ahora no han sido halladas ningunas reglas claras de prioridad y porque fuera de esos cuatro cánones existen muchos otros tipos de argumentación: "Equidad", "seguridad jurídica", "justicia", "consecuencia de la sentencia", "predecibilidad", "unidad jurídica" y otras muchas más. El juez hará bien si acoge, en primer lugar, los argumentos clásicos[42]. Esto ha de suceder también aquí.

ESQUEMA 5: *Método jurídico*

Listado de los elementos del proceso de creación de derecho sobre la base del modelo de la equiparación

Significan:

La deducción, la inducción y la abducción son conclusiones lógicas. La analogía no es una conclusión lógica sino una comparación (equiparación)

C_1: rifles, pistolas, cañones son peligrosos,
son armas.
En relación con "arma" más conocidas que C_2.

C_2 (resultado): X realizó un hurto agravado valiéndose de ácido clorhídrico.
En relación con "arma" menos conocido que C_1.

---

42 Comparar P. Raisch. *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungscanones für die praktische Rechtsanwendung*, 1988.

N: todos los casos de hurto agravado significan hurto por medio de arma.

Juez: todo el que procede metódicamente para crear derecho.

– La *búsqueda de una hipótesis* concerniente al posible resultado del proceso de creación de derecho (*precomprensión hermenéutica*).

Elemento abductivo: conclusión a partir del resultado sobre la norma hacia el caso: bajo el punto de comparación N el ácido clorhídrico podría ser un arma.

Es una conclusión *atrevida*, *riesgosa*.

Facilita (tan sólo) una hipótesis, que el juez, empero, necesita para saber de qué manera ha de proceder en la interpretación de la norma y en la comprobación de las circunstancias de hecho (especialmente en la práctica de pruebas).

– *La búsqueda de la norma* (regla, *tertium comparationis*)

Elemento inductivo: Conclusión a partir del caso, sobre el resultado, hacia la norma N: todos los casos de hurto peligroso son hurtos por medio de armas, es cuestionable si el § 250 StGB corresponde a esto (eso lo tiene que aclarar el juez; él tiene que encontrar la norma válida para este caso).

Es una conclusión *problemática y sintética*, que amplía el conocimiento (suministra hipótesis).

El juez la necesita, ante todo, para la interpretación de la norma.

– Equiparación de C_2 con C_1

Elemento analógico: No es conclusión sino comparación (equiparación): C_2 se equipara en relación con “arma” bajo el punto de comparación N (*tertium comparationis*) a C_1. Puesto que C_2 concuerda en algunos puntos con C_1 (hurto, peligroso), C_2 será tratado en el punto cuestionable “arma” tal como C_1. Acido clorhídrico es un arma (así el BGH; un resultado muy problemático).

El juez necesita el elemento analógico en la interpretación con relación al caso, para construir un “supuesto de hecho”; así también, en la construcción del caso, en relación con la norma para configurar “las circunstancias de hecho” (de igual forma la práctica de pruebas únicamente puede tener lugar en relación con la norma).

De esto se infiere que la analogía procede de manera *circular*.

El proceso analógico constituye el núcleo del proceso de creación de derecho.

Es *inseguro*, *riesgoso*, pero *creativo*. Produce la *novedad* que se buscaba: la sentencia judicial.

Conclusión

Elemento deductivo: C_2 se *subsume* bajo N.

La subsunción es apenas posible en este lugar del proceso de creación de derecho, luego de que C_2 y C_1 se hayan equiparado.

La deducción es una conclusión *segura* (silogismo), pero es tan sólo analítica. No produce, frente a los elementos metódicos que la anteceden, nada hasta ahora desconocido, pues ya está contenida en la equiparación entre C_2 y C_1.

Merece atención lo siguiente: la abducción, la inducción y la analogía tienen lugar en el *modus* de la *simultaneidad*. La deducción sucede *temporalmente después*.

Esquema 6: *Método jurídico*

Intento de una representación gráfica del proceso de creación de derecho sobre la base del modelo de la equiparación

(Una representación tal es posible únicamente de manera imperfecta, puesto que el proceso transcurre en forma circular).

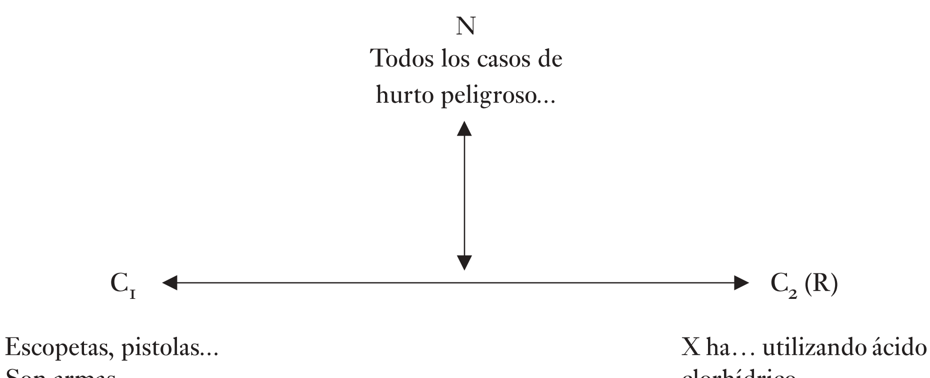
Significa:

La deducción, la inducción y la abducción son conclusiones lógicas, la analogía no es una conclusión lógica sino una comparación (equiparación).

C_1: Escopetas, pistolas, cañones son peligrosos,
son armas.
En relación con "arma", más conocidas que C_2.

C_2(resultado): X ha cometido un hurto agravado por medio de ácido clorhídrico, en relación con "arma", menos conocido que C_1.

N: Todos los casos de hurto agravado son hurto mediante armas.



Escopetas, pistolas...
Son armas.
En relación con "arma"
más conocidas que C_2.

X ha… utilizando ácido
clorhídrico.
En relación con "arma"
menos conocido que C_1.

Comparación

Modo de la simultaneidad (conclusión circular)

Se busca una hipótesis...
Elemento abductivo (precomprensión hermenéutica): en relación con la norma N (*tertium comparationis*) ácido clorhídrico podría ser un arma, atrevida, riesgosa

Se busca la norma
Elemento inductivo, conclusión a partir de C_1 sobre C_2 hacia la norma
N: todos los casos de hurto peligroso...
Sintética, problemática, amplía el conocimiento (produce la hipótesis)

Equiparación de C_2 con C_1

Elemento analógico
Bajo el punto de comparación N (*tertium comparationis*) C_2 será considerado igual que C_1
Insegura, riesgosa, creativa: produce lo nuevo: la sentencia judicial

Temporalmente posterior

Conclusión
Elemento deductivo: C_2 se subsumirá bajo N
Segura, analítica, no amplía el conocimiento; se produce ya a partir de la equiparación entre C_2 y C_1

⟷ Simboliza la conclusión circular

A continuación, con fundamento en estos cuatro esquemas, ha de demostrarse, en detalle, el proceso de creación de derecho.

Eso que distingue idealmente al tradicional modelo de la subsunción lo ha caracterizado Eberhard Schmidt (como Radbruch un discípulo de Franz von Liszt: escuela moderna del derecho penal, idea de la enmienda), un apasionado defensor de un proceso penal en conformidad con los principios del estado de derecho, de la siguiente manera.

La creación judicial de derecho tiene lugar en dos actos estrictamente separados uno del otro ("dualismo metódico de deber ser y ser": hay quienes lo remontan a Kant; esto, sin embargo, es muy dudoso): por una parte, la tarea de la *comprobación de los hechos*, en la que el juez, dentro de una atmósfera de pura objetividad, del sosiego que le brinda la seguridad en sí mismo y de la "libertad interior", alejado de todo prejuicio, reflexiona, a partir del "conocimiento puro", sobre una circunstancia de hecho hasta ahora por él desconocida, sin mezclarle ningún momento subjetivo, con "intención" de verdad, teniendo que reconstruirla desde el pasado. Por otra parte, la *aplicación del derecho*, que sucede temporalmente después de la comprobación de los hechos y que consiste en la tarea de determinar interpretativamente, con "intención de justicia", el sentido y el alcance de una norma o normas ya confeccionadas y dadas de antemano, "resguardadas de influencias externas", total y completamente apolíticas[43]. Detrás de esto se encuentra la idea de *fungibilidad del juez*, en el sentido de que todo juez, en cada proceso, obtiene el mismo resultado que cualquier otro juez –lo óptimo en seguridad jurídica (el positivismo jurídico es el padrino de esta doctrina del método)–. Los jueces que tuvieron que fallar en el caso de las barricadas de personas sentadas como manifestación de protesta, sin duda,

---

43 Ver Schmidt. "Richtertum, Justiz und Staat", en *JZ* 1953, pp. 325 y ss.; del mismo, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Parte 1: "Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts", 2ª ed., 1964, pp. 279 y ss.; del mismo, *Deutsche Strafprozessrecht-Ein Kolleg*, 1967, p. 39. En detalle sobre el tema general A. Kaufmann. "Richterpersönlich und richterliche Unabhängigkeit", en *Festschrift für Karl Peters*, 1974, pp. 295 y ss.; también, en la obra del mismo autor, *Über Gerechtigkeit* (nota 16), pp. 141 y ss.

debieron sentirse así (comparar arriba pp. 115 y ss.). Sería muy interesante que el proceso de creación de derecho sucediera de esa manera. Pero esto no es así. La lógica y la realidad son diferentes.

Muchas cosas no coinciden. En absoluto es cierto que el proceso de creación de derecho se adelante en dos actos separados entre sí que se suceden temporalmente. No se ve, en verdad, cómo ha de cimentarse la posibilidad de una subsunción del caso bajo la norma, sobre la base del dualismo metódico de deber ser y ser. Si el deber ser no contiene algo de ser y el ser no abarca algo de deber ser, ¿cómo, entonces, se puede acomodar el ser (caso) al deber ser (norma) y el deber ser, al ser; cómo pueden corresponderse entre sí deber ser y ser? Una correspondencia tal es sólo posible con fundamento en la *estructura entrelazada* de deber ser y ser. Entretanto, no deseamos seguirle el rastro a dicha cuestión, pues el estricto método dualista hoy ya no se sostiene más.

El juez ha de decidir, sin prejuicio, un caso completamente desconocido para él, dice Eberhard Schmidt. ¿Cómo lo puede hacer? Es posible que desconozca *este* caso *concreto*; si desconoce también *tales* casos, ¿en qué dirección ha de practicar pruebas e interpretar la ley, si él no tiene idea alguna acerca de lo que éste trata? ¿Cómo habría de emitir un juicio justo, si no pudiese comparar este caso con los otros muchos casos (principio de igualdad)? Crear derecho es un reconocimiento de algo en cierta forma conocido con anticipación, no significa ingresar en terreno desconocido. El juez que no es consciente de su pre-juicio es, en realidad, el juez más dependiente. Tan sólo el pre-juicio, la precomprensión, le muestra lo que ha de interpretar en la norma y lo que ha de calificar normativamente en el caso. De lo contrario tendría que proceder en la incertidumbre, en lo desconocido. Dos actos separados de esa manera, el uno, la norma legal abstracta, el otro, el caso amorfo, no producen derecho alguno, ni cada uno por separado ni ambos a un mismo tiempo.

Tampoco puede mantenerse el dogma de la *conducta apolítica* del juez. Los jueces que fallaron el caso de las barricadas de personas sentadas como manifestación de protesta tenían de manera completamente obligada representaciones políticas de un proceso así. Carece de cualquier utilidad tratar de ocultarlo. Uno ha de ser consciente de ello. Gustav Radbruch, quien francamente no tenía una relación interferida por la política, lo fue:

"Se dice que constituye una peligrosa y chocante comprobación, pero no por tal razón menos cierta, que es imposible separar nítidamente la política de la práctica judicial; ellas se combinan, más bien, sin fronteras tajantes, pues por doquier en el derecho deciden valoraciones que, en última instancia, están fundamentadas en la política general"[44].

La doctrina jurídica tradicional tiene en la mira *únicamente el último acto del proceso de creación de derecho*, la subsunción y todo aquello que lo presupone es dejado en la nebulosa. En tanto no se reflexiona sobre esto, permanece en la vaguedad del sentimiento. Simula una racionalidad que no existe. Procede, por tal motivo, precisamente de manera irracional. La *cientificidad del proceso de creación de derecho* no puede residir en su reducción a la conclusión lógica de la subsunción. Esta puede, más bien, significar, únicamente, que la complejidad de tal proceso ha de ser aclarada y *reflexionado racionalmente* todo lo que en él no proceda conforme a las reglas lógico-formales. La doctrina del método jurídico tiene que tomar en serio el conocimiento, según el cual el núcleo del método jurídico no consiste en una *conclusión lógica* sino en una *comparación*; todavía mejor, en una "comparación de casos", sólo que ésta no es posible sin norma, sin regla, sin *tertium comparationis*. La prueba de que la esencia del método jurídico no radica en una conclusión lógica la aporta la realidad, la práctica, en la que ante todo no se avanza de manera exacta, lógico-formal, racional.

Dos cosas se deben tener claras: primero, la subsunción es una conclusión obligatoria, una deducción, un silogismo de acuerdo con el *modus barbara*. Si el método jurídico consistiera tan sólo en dicha conclusión, entonces en cada caso se tendría que obtener un resultado obligatorio. No sería posible que existiese alguien que sostenga que esto sea así. Segundo, la deducción es una conclusión analítica, que no produce nada nuevo, hasta ahora desconocido. El acto decisivo tiene que preceder, por tanto, a la subsunción. Y esto es así. No se puede dejar de mencionar con insistencia que el proceso de creación de derecho, de conformidad con su esencia, no es una conclusión lógica sino una comparación. La comparación, la equiparación, depende, fundamentalmente, así lo hemos indicado, del *punto*

44 G. Radbruch. "Das Reichsgericht und die Politik", en *DRZ* 1949, pp. 433 y ss.

de comparación, del *tertium comparationis*; determinarlo *no* constituye *acto alguno de conocimiento puro* sino también una *decisión*, y ella tiene que ver, asimismo, con *el poder*. Es comprensible que esto no se quiera tener por cierto. Pero una vez más el proceso no gana en cientificidad si sus estructuras no se hacen visibles. La cientificidad del proceso de creación de derecho tan sólo puede residir en la *reflexión acerca de sus verdaderas estructuras*.

Si conforme a la concepción positivista la interpretación de la ley y la comprobación de las circunstancias de hecho se conciben como dos actos separados, no se llegará muy lejos. Según su significado etimológico, y de acuerdo con el posible sentido literal, el ácido clorhídrico no es un "arma". Por otro lado, la comprobación de la circunstancia de hecho, sin tener en cuenta la norma, no conduce a la pregunta sobre si el ácido clorhídrico es un arma. Uno puede encontrarse frente a esta pregunta cuando se "precomprende" lo sucedido como un posible caso de hurto agravado (¡abducción!). Cuando uno "precomprende" el caso de otra manera, o sea como un intento de asesinato, el que el ácido clorhídrico sea o no un arma no tiene ninguna importancia. Se ve así cómo sin una oportuna precomprensión, esto es, sin conclusiones abductivas, no se accede nunca a los problemas jurídicos relevantes. Asimismo, es bueno reconocer de nuevo el "círculo" del proceso de comprensión: sólo cuando yo sé qué es un hurto agravado puedo entender el caso como un caso de hurto agravado; lo que es un hurto agravado no lo puedo saber, entre tanto, sin el análisis correcto del caso concreto. La configuración de una norma legal en un *supuesto de hecho* (*interpretación*) sucede a partir del caso, la configuración del caso en una *circunstancia de hecho* (*construcción*) sucede a partir de la norma jurídica y esta configuración es siempre un acto creativo, fecundo, que precede a la subsunción (aun cuando en los casos "claros" configuración y subsunción parecen darse en forma simultánea).

Se afirmó que la deducción (subsunción) no añade nada nuevo a lo ya conocido en virtud de la abducción, de la inducción y de la analogía. Si, por ejemplo (para mostrar por una vez un caso diferente), en el hurto de una libreta de ahorros (el autor sustrae una libreta de ahorros, obtiene una suma y retorna la libreta nuevamente a su dueño), mediante construcción del caso e interpretación de la norma (§ 242 StGB), la sustracción del *valor de la cosa* se equipara a la *sustancia de la cosa*, apenas en este momento y

únicamente en ese instante puede producirse la subsunción que no añade al acto de equiparación nada aún desconocido. La opinión acerca de que la creación de derecho es sólo una subsunción se viene al piso, precisamente, porque la deducción es una conclusión analítica. En la ejecución de la deducción (subsunción) se tiene que reconocer, de antemano, que aquí el valor de la cosa se equipara a la sustancia de la cosa. Esto significa, *interin*, *un novum*, que no proviene ni de la norma, ni tampoco del caso, sin más operaciones mentales. ¿De dónde procede ese *novum*? Se origina en aquel que aplica la ley, quien, en relación con el punto de comparación (*tertium comparationis*) reconoce el caso y la norma en tanto equiparables o bien como no equiparables y los trata, por tanto, de manera igual o en forma desigual. Esta equiparación o no equiparación constituye un *acto creativo*, que transforma la ley objeto de la interpretación así como al intérprete y esto incluso allí donde la aplicación de la ley hasta la fecha ha de ser confirmada. De esto, naturalmente, no es consciente la mayoría de las veces quien aplica la ley en el caso particular. Si se echa una ojeada sobre un lapso mayor se muestra claramente que, pese a que mantiene el mismo tenor literal, la ley se ha transformado bajo su aplicación. ¿Cómo podríamos exigir del juez sabiduría, tolerancia, equilibrio, capacidad (y no sólo conocimiento) si él únicamente hubiese de inferir conclusiones lógicas? El papel creador del juez –también un problema de división de poderes– parece no comprenderlo la teoría de interpretación estrictamente subjetiva (ver más abajo p. 189). Piénsese asimismo en el conocido fenómeno respecto del cual entre los científicos de la naturaleza la observación del objeto en cuestión puede transformase, así como materia y luz, según el tipo de intervención, algunas veces pueden mostrarse en cuanto partículas, otras, en tanto ondas, de lo que resultan conocimientos poco nítidos. Si esto es así incluso para las ciencias ilustradas de la naturaleza, con mayor razón para las ciencias de la comprensión hermenéutica. El resumen para el método jurídico es, por tanto, que uno no puede subsumir el *caso sin procesar*, bajo la *norma sin procesar* (una vez más: en los casos rutinarios claros este procesamiento sucede de manera instantánea y alejado de toda reflexión).

No obstante, siempre se tiene que observar exactamente lo que el autor respectivo entiende por *subsunción*. Algunos no la conciben como una pura deducción. Karl Engisch, por ejemplo, habla aquí de una "equiparación

del caso concreto a fallar con los casos pensados, libres de dudas, mediante el supuesto de hecho legal", y denomina dicha equiparación "subsunción propia"[45]; para él la subsunción abarca ya la analogía. Wolfgang Fikentscher se pronuncia sobre un "pensar en el caso-norma", según lo cual el punto de partida del caso concreto sometido a decisión es "una circunstancia de hecho que aspira a una decisión, en lo posible justa", y que ha de ser "resuelta" conforme a una "regla jurídica que la corresponda", llamada "regla del caso"[46]; la equiparación entre el caso y la norma se produce, por consiguiente, en la "norma caso".

Arriba se mencionó que la determinación del punto de comparación, del *tertium comparationis*, de la regla, es de una importancia contundente para el resultado del proceso analógico. También se dijo que esto tenía que ver con *decisión* y, por ende, con *poder*. Pero, ¿es *tan sólo* una decisión? ¿No le es dado nada por adelantado? En medio de la controversia del proceso de creación de derecho nos topamos con la polémica del derecho natural y el positivismo. Lo que se expuso arriba en relación con dicha discusión (p. 89 y ss.): ni el dominio exclusivo del derecho natural, ni únicamente el positivismo, sino un tercero, un punto de vista más allá de tal debate, vale también para la estructura del proceso de creación de derecho. La obtención del punto de comparación no se fundamenta ni en el poder desnudo, ni tampoco en el mero conocimiento, más bien, ambos elementos influyen

45 K. Engisch. *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 3ª ed., 1963, p. 19, en especial 26.

46 W. Fikentscher. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* IV, 1977, pp. 129 y ss.; aquí pp. 202, 204. No comprendo muy bien por qué rechaza Fikentscher la equiparación. La objeción respecto de que tiene el defecto de no ser representable lógicamente, de no posibilitar conclusiones silogísticas y siempre proporcionar únicamente juicios de probabilidad (T. 3, 1970, pp. 751 y ss.; T. 4, 1977, pp. 180 y ss.) es aplicable, igualmente, a su doctrina. De acuerdo con la teoría aquí sostenida, también tiene lugar una conclusión silogística, una subsunción; desde luego, antes de que esto suceda el caso y la norma tienen que hacerse aptos para la subsunción. Según la doctrina de Fikentscher todo esto sucede exactamente igual en la configuración de la "norma caso". Y una doctrina del método jurídico, sea cual fuere la manera como esté conformada, que pueda inferir el derecho exclusivamente por medio de silogismos y ofrecer algo más que juicios de posibilidad, tendría que ser presentada alguna vez. Hasta ahora no existe.

(no es fácil aprehender estos elementos, pero ya nuestro esquema muestra que el proceso de analogía no transcurre conforme a la arbitrariedad ilimitada). Que el poder desempeñe allí un papel no constituye en sí algo negativo, tiene que cimentarse de manera argumentativa racional, y esto no es posible cuando uno no es consciente de tal factor de poder[47].

Retornemos al análisis del proceso de creación de derecho. Caso y norma son sólo la "materia prima" del proceso metódico; sin haber sido previamente elaborados, no pueden ser coordinados mutuamente, pues ellos se encuentran en planos categoriales diferentes. La norma pertenece al deber ser, definido en forma abstracta-general; el caso, con sus interminables múltiples hechos, pertenece al ser desvertebrado y amorfo. Una coordinación es apenas posible, luego que la norma se ha enriquecido con lo empírico y el caso con la normatividad, de tal manera que ellos se *correspondan* uno al otro (en este término la *analogía* se hace explícita, al igual que "el posible sentido literal" no es una mera interpretación, sino que es inequívocamente una analogía[48]). Precisamente en tales analogías minimizadas se hace evidente que, más peligroso que la analogía misma, es el desconocimiento de las analogías. Esto se manifiesta de manera especialmente crasa en la prohibición de analogía en el derecho penal. Puesto que el "posible sentido literal" no se considera en cuanto analogía, uno no es consciente de la prohibición de analogía (esto salta a la vista en el caso del ácido clorhídrico decidido por el *Tribunal Federal Alemán*). Examinemos una vez más el esquema 5. El núcleo del proceso de creación de derecho es la analogía. Aquí el derecho ha de ser "hallado". *Pero la analogía no aparece en forma aislada, a ella se integran, así mismo, las tres conclusiones lógicas: abducción,*

---

47 Lectura valiosa en P. Noll/H. R. Bachmann. *Der kleine Machiavelli; Handbuch der Macht für den alltäglichen Gebrauch*, 1991. Ver también G. Grimm. "Methode als Machtfaktor", en *Festschrift für Helmut Coing*, T. 1, 1982, pp. 469 y ss.; aún hoy siempre valiosa la lectura de C. Schmitt. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), 2ª ed., 1993.

48 Sobre esto comparar U. Neumann. "Der 'mögliche Wortsinn' als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH", en U. Neumann/J. Rahlf/E. v. Savigny. *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, pp. 42 y ss.; G. Bemmann. "Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht", en *MDR* 1958, pp. 394 y ss.

inducción y deducción. El pensamiento está presente siempre en todos los cuatro elementos del proceso. Están entrelazados mutuamente. En el estadio de la equiparación analógica entre el caso y el resultado, caso y norma son elaborados entre sí. La norma le hará "justicia al caso", el caso le hará "justicia a la norma". Paso a paso, la norma se concretará, se acercará a la realidad, le fijará contornos al caso, se convertirá en *tipo*. A partir del concepto general abstracto de arma, en tanto instrumento técnico dispuesto para el ataque o la defensa, el tipo "arma": armas, tiene en sí algo que implica peligro. A esto se añade la reflexión de si el ácido clorhídrico en el presente caso puede ser subsumido bajo el tipo arma.

En la utilización del esquema debe reflexionarse que con el listado de elementos del proceso de creación de derecho ha resultado una *esquematización*. Se han realizado, así, diferenciaciones. La ciencia necesita tales diferenciaciones, pues de lo contrario no puede ordenar el material. No es posible, empero, que tales distinciones sean fijas. Ellas tienen que permanecer abiertas al ejercicio de la creación de derecho. La práctica de pruebas, por ejemplo, aparece bajo el punto "equiparación". Al juez, no obstante, lo ocupa la práctica de pruebas incluso en relación con el descubrimiento inductivo (interpretación) de la norma. En ese instante surge la reflexión sobre lo que tiene que ser probado. El pensamiento gira, ya se ha dicho, siempre en torno a todos los elementos del proceso, algunas veces más, otras menos. Es enteramente semejante a la manera como yo procedo en este libro. No trato la analogía, por ejemplo, exclusivamente como un único punto, para luego proseguir al siguiente. La abordo, una y otra vez, desde distintas perspectivas –*ambulando solvere*–. Así sucede también en el proceso de creación de derecho. Los instrumentos para la verificación, o bien, para la evidenciación de los motivos particulares y de los motivos en contra, son: *reflexión*, *argumentación* y *discusión*. Estas determinan, también, aun cuando de manera muy general, el orden de rango de los cánones.

Lo que resulta al final del proceso, *la subsunción*, es meramente la *piedra de toque*, el control del pensamiento conclusivo, sobre si el proceso se ha acometido correctamente para poder subsumir. Esto es similar a la *fórmula de la conditio-sine-qua-non*, mediante la que no es posible hallar ninguna causalidad desconocida. Tan sólo se puede realizar empíricamente. Si la causalidad se determina empíricamente no le agrega nada a la fórmula.

Ella significa únicamente la comprobación mental acerca de si la cuestión de causalidad se ha expuesto correctamente[49] . Es probable que el método aquí expuesto le parezca al lector muy *difícil* en comparación con la práctica jurídica. Aquí ocurre lo mismo que con los aparatos y las máquinas complicadas. Si uno se ha familiarizado con su manejo, lo que sigue luego es cosa de rutina. Si aparece algo que no sea cosa de rutina, entonces debe acudirse a las instrucciones de manejo más complejas. Si no se entienden, entonces el buen consejo es costoso. Lo que aquí se ha dicho al respecto del método jurídico constituye el buen consejo para los problemas difíciles del proceso de creación de derecho.

Con fundamento en la presente doctrina del método se examinará el *papel del juez*. El es parte del proceso de creación de derecho, solamente él hace hablar a la ley, *le* extrae su sentido concreto relacionado con el caso, determina su fuerza innovadora, *la* saca de su abstracta inmovilidad y la conduce hacia su existencia histórica. Para la calidad de la jurisprudencia es muy importante que el juez comprenda el significado de su papel.

Nada de esto, sin embargo, sucedió en la decisión del BGH sobre el caso del ácido clorhídrico. ¿Cómo pudo llegar el tribunal, en suma, a equiparar ácido clorhídrico con un arma? Según el *significado etimológico* y el posible *sentido literal* esto no es factible. Tampoco el *elemento sistemático* conduce a ello, pues en ninguna parte del orden jurídico (ley de armas) se trata a un elemento químico como arma. La *interpretación subjetiva (histórica)* no ofrece, por su parte, noticia alguna acerca de que el legislador histórico hubiese tenido una idea semejante. El BGH alcanzó su resultado únicamente con base en una extrema *interpretación extensiva de carácter objetivo-teleológico*[50], que va más allá de la *analogía*[51]. La pregunta correctamente formulada es, más bien, si se trata o no de una analogía permitida

---

49 En los ejercicios de tarea en las clases académicas la causalidad se afirma o se niega en el texto mismo de la tarea, así que solamente es necesario aplicar la fórmula. A partir de esto, muchos concluyen que esta fórmula es lo esencial en la confirmación de la causalidad. Muchos consideran, así mismo, que en la aplicación del derecho lo esencial es la subsunción, pues los actos que la preceden son suprimidos del texto de la tarea. *Ergo*: los estudiantes no aprenden a conocer la práctica jurídica.

50 Comparar sobre este tema R. D. Herzberg. “Kritik der teleologischen Gesetzesa-

o prohibida. En la doctrina del derecho penal domina, con razón, la opinión según la cual se trata de un caso de analogía no permitida. Se tuvo que aplicar, por consiguiente, el *argumentum a contrario* con la consecuencia de que no se presenta ningún hurto agravado. La respuesta del BGH constituye una manifestación de poder ajeno a toda reflexión; a esto se añade, también, que no existe una alternativa entre interpretación subjetiva y objetiva[52].

Detengámonos por un instante a pensar en las teorías jurídicas de la interpretación. A la distinción entre interpretación subjetiva (histórica) e interpretación objetiva le subyace, igualmente, un dualismo fundamental, e incluso aquí se manifiesta la polémica entre derecho natural y positivismo. En el esquema cuarto, con referencia a la *teoría subjetiva* se mencionan las características *seguridad jurídica* y *división de poderes*; en relación con la *teoría objetiva* se hace alusión al *sentido objetivo* (*verdadero*) *de la ley* y a la *historicidad del derecho*. De manera aún más general se puede decir: allí positividad, aquí corrección del derecho. Así son, también, la mayoría de los teóricos del derecho del marcadamente positivista siglo XIX; en ese entonces ya no existía más filosofía del derecho sino únicamente una "doctrina general del derecho" vacía de contenido (ver más abajo, pp. 199 y ss.). Ernst Rudolf Bierling y Bernhard Windscheid fueron fervorosos partidarios de la teoría de la interpretación subjetiva. En las primeras décadas de este siglo, por el contrario, a raíz de la caída del positivismo jurídico, era posible encontrar dentro de los partidarios de una teoría objetiva de la interpretación también representantes de un despertar de la filosofía del derecho: Gustav Radbruch, Josef Kohler, Wilhelm Sauer.

Arriba se mencionó que no existe una alternativa entre interpretación subjetiva y objetiva. Así como tampoco existe una opción entre *corrección* y *positividad* del derecho. Tan sólo las dos a un mismo tiempo pueden

---

uslegung", en *NJW*, 1990, pp. 2525 y ss.; J. Mittenzwei. *Theleologisches Rechtsverständnis*, 1989.

51 Sobre el peligro de una interpretación muy extensiva P. Velten/O. Mertens. "Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens," en *ARSP* 76 (1990), pp. 516 y ss.; B. Rüthers. *Die unbegrenzte Auslegung; Zum Wandel der Privatrechtsordnung*, 5ª ed., 1997.

52 Así, de manera precisa, U. Schroth. *Hermeneutik* (nota 41), p. 320, con referencia a Friedrich Müller.

constituir derecho. Si se escuchan los argumentos de los actuales representantes de ambas teorías de la interpretación se pone de manifiesto que en verdad ya nadie acoge una teoría puramente subjetiva o meramente objetiva. Una muy interesante versión de la teoría subjetiva la ha esbozado recientemente Günther Jahr[53]. De acuerdo con esta teoría, lo que se busca es la *voluntad del legislador histórico*, así como lo establece, de manera lapidaria, el § 133 BGB (Código Civil alemán): "En la interpretación de una declaración de la voluntad se debe investigar la voluntad real y no debe apegarse al sentido literal de la expresión", lo que no tiene por qué valer necesariamente así para la interpretación de las leyes. Jahr, no obstante, se apoya en tales parágrafos. La pregunta crucial en relación con los subjetivistas es demandarles: ¿cómo quieren impedir, partiendo de esa base, la *petrificación del derecho*, si se considera su fijación en la voluntad de un legislador, que la anunció hace más de un siglo? Los objetivistas, a quienes se plantea la pregunta decisiva en sentido contrario, esto es, ¿cuál es su posición respecto al principio de *división de poderes*? (lema: "El juez como legislador") y al *peligro de la arbitrariedad judicial*, se inclinan ante los subjetivistas, puesto que reconocen que, en efecto, lo importante es la voluntad del legislador, pero la *voluntad objetivada de un legislador pensado*; la manera como éste decidiría se halla hoy en relación con el caso respectivo (ver esquema 3, sobre el lado derecho abajo: art. 1º, párrafo 2 del Código Civil suizo). No de manera muy distinta argumenta Jahr; lo principal es la voluntad del legislador histórico, así dice, mas en razón de las nuevas materias por regular no es la voluntad del legislador de 1871 (StGB) sino del *legislador actual*, *real*, *no meramente pensado*, quien permite que la ley, que está abierta hacia el futuro, siga teniendo validez. Con lo cual también existe una legislación por medio de abstención (el legislador actual abandona esto al legislador tradicional). Ya Thomas Hobbes había dicho: "Legislador no es aquel mediante el cual se le confiere, por vez primera, autoridad a la ley, sino aquel por cuya autoridad la ley continúa siendo ley"[54]. Jahr dice que

---

53 G. Jahr, "Redaktionsversehen", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, p. 141. En profundidad sobre la teoría de la interpretación subjetiva, U. Schroth, *Theorie und Praxis der subjektiven Auslegung im Strafrecht*, 1983. También W. Naucke. "Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht", en *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, pp. 274 y ss.

lo importante es la "identificación de las consecuencias pensadas con la expresión general; por consiguiente, la extensión querida de la expresión utilizada: la determinación de la intención deseada", y "en casi la mayoría arrolladora de los casos" sería suficiente "el establecimiento del sentido literal", pues "con la verificación del sentido literal (se) halla la voluntad real"[55]. Aquí se hace evidente que la teoría subjetiva se modifica en dirección hacia la objetiva, de la misma forma que arriba, por el contrario, la teoría objetiva se modifica en dirección hacia la subjetiva, de tal manera que la flexibilidad y la historicidad del derecho se ponen a salvo.

Casi se podría pensar que es una cuestión de formulación si subyace la teoría de interpretación subjetiva o la objetiva, y esto según la preferencia fundamental ya sea a favor de la corrección o de la positividad del derecho. No se dirige a la pregunta sobre cuál ha de ser el *tertium comparationis* de la conclusión en la creación de derecho: ¿el legislador *pensado* o el *real actual*? Se confirma en todo caso la tesis sostenida aquí, según la cual no existe una interpretación que excluya la [comprensión] objetiva o subjetiva, sino, mejor, una interpretación inclusiva, un no sólo sino también, un punto de vista que es de significación central en este libro. Quien lo desee puede realizar aquí, acertadamente, un paralelo con el punto medio aristotélico.

Retomemos nuevamente el hilo. Como se ha mostrado, la comprensión del sentido lingüístico no es un proceso puramente receptivo sino, siempre y en primera línea, también un comprenderse a sí mismo por parte del sujeto que está realizando el acto de comprender. Esto se incluye necesariamente en el horizonte de comprensión y su conocimiento va a depender siempre, *también*, de *cuán creíble sea él mismo*. Todo intento que se realice en las ciencias de la comprensión por desligar la racionalidad y la personalidad de quien entiende está condenado al fracaso[56]. Una "exactitud" del derecho

---

54 Texto en inglés, editado por F. Somló. *Juristische Grundlehre*, 2ª ed., 1927 (reimpr. 1973), p. 96.

55 G. Jahr. *Redaktionsversehen* (nota 53), pp. 155 y 157.

56 Ver R. Wittmann. "Der existenzialontologische Begriff des Verstehens und das Problem der Hermeneutik", en W. Hassemer (Ed.). *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburstag, 1984, pp. 41 y ss., 48.

sólo se da en *el proceso*[57]. Esto significa todo menos un pronunciamiento en defensa de un subjetivismo inconsistente. Como Theodor Adorno ha puesto en evidencia, el esquema sujeto-objeto conduce por el contrario, obligatoriamente, al derrumbamiento del sujeto y de la subjetividad que se disimula; se transforma repentinamente en un objetivismo ideológico[58]. Frente a lo anterior, el pensamiento hermenéutico se nutre de la *herencia* de la *tradición* como "el suelo común del mundo (universo), público sobre el que nos encontramos", de la "permanencia asegurada de las intuiciones públicas, a partir de las cuales nosotros vivimos"[59]. En lugar de una objetividad demasiado ambiciosa y engañosa, se conforma con una honesta *intersubjetividad*.

No es posible explicar aquí todas las implicaciones de los esquemas expuestos en forma más profunda. Es preciso decir, empero, lo siguiente: la doctrina del método tradicional positivista considera la *aplicación del derecho* como el caso normal y *la creación de derecho* como la excepción, que se diferencia cualitativamente de la aplicación del derecho. Ahora, la *libre creación judicial de derecho* es, en efecto, muy problemática, pues aquí el juez suplanta al legislador[60], dejando de observar el principio de división de poderes[61]. Esto no es, sin embargo, tan nuevo. Como lo citamos arriba,

---

57 Sobre ello se hablará más profundamente en el capítulo XIX, especialmente en relación con las teorías del consenso y del discurso.

58 Th. Adorno. *Negative Dialektik*, 1966, pp. 72 y ss.

59 H. G. Gadamer. *Wahrheit* (nota 28), pp. 281 y ss.

60 Más al respecto (con documentación) en la contribución de A. Kaufmann en Kaufmann/Hassemer (Eds.). *Einführung* (nota 4), pp. 134 y ss.

61 La literatura sobre la creación judicial de derecho se ha vuelto, desde hace mucho tiempo, inabarcable. Han de mencionarse: F. Wieacker. *Gesetz und Richterkunst; Zum Problem der aussergerichtlichen Rechtsordnung*, 1958; R. Lautmann. *Freie Rechtsfindung und Methode der Rechtsanwendung*, 1967; M. Pawlowski. "Die Autorität des Richterspruchs", en *Jura* 1989, pp. 337 y ss.; A. Barata. "Über Juristenrecht", en W. Hassemer. (Ed.). *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburstag, 1984, pp. 57 y ss.; C. W. Canaris. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*; *Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung* praeter legem, 2ª ed., 1983; Regine Ogorek. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justizbehörde im 19. Jahrhundert*, 1986; O. Schweizer. *Freie richterliche Rechtsfindung intra legem als Methodenproblem*, 1959; F. Müller. *Richterrecht*, 1986; A. Meier-Hayoz. *Der Richter als*

ya Hobbes había dicho que el verdadero legislador es aquel gracias a cuya autoridad la ley continúa siendo ley. Efectivamente, por medio de la "mera" aplicación del derecho la ley continua siendo ley. Así, los diferentes modos de creación de derecho no se distinguen, en verdad, cualitativamente sino mediante *el grado de extensión de la ley*: conceptos numéricos, claridad del texto, posible sentido literal, fin de la ley, analogía/conclusión contraria, libre creación judicial de derecho.

El *vacío de la ley* no es un defecto, en contra de lo que sostiene la concepción positivista, sino que es *a priori* y *necesario*. La ley no puede y no debe ser formulada en forma unívoca, pues se crea para todos los casos, cuya multiplicidad es infinita. Una ley cerrada en sí misma, completa, sin vacíos, clara (en la medida en que algo así fuese posible), conduciría el desarrollo del derecho al estancamiento. Esto es también importante para *el lenguaje* de la ley. Fuera de los pocos casos de conceptos numéricos, los conceptos legales no son inequívocos, no son conceptos abstracto-generales sino *conceptos tipo*, *conceptos de orden*, en los cuales no existe la disyunción estricta, sino el más o el menos[62]. "Arma", en el sentido del hurto agravado, no es un concepto sino un "tipo". Naturalmente, se presenta aquí y, precisamente en este lugar, el problema de en qué medida dichos conceptos tipo

---

Gesetzgeber, 1951; R. Marcic. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957; y de los comienzos, O. Bülow. *Gesetz und Richteramt*, 1885 (reimpr. 1972); H. Rumpf. *Gesetz und Richter*, 1906 (reimpr. 1970); C. W. Hergenröder. *Zivilprozessuate Grundlagen richterlicher Rechtsforbildung*, 1995. Interesante es la afirmación de Stanko Frank (un teórico del derecho eslovaco), según el cual en Alemania la analogía, muchas veces, es vista como una revolucionaria creación jurídica, rechazada, al contrario, por los americanos realistas (Jérome, Frank, Llewellyn, entre otros) en razón de su carácter conservador de derecha; ver, del mismo, "Analogie und Fiktion", en *Festschrift für Dolenc, Krek, Kusej und Skerlj zu ihrem 60. Geburtstag*, 1938, pp. 1025 y ss. (De esta obra en homenaje sólo fueron publicadas contribuciones aisladas, la obra en homenaje en sí no se publicó jamás). Esta comprobación no es, sin embargo, tampoco muy sorprendente; ya F. C. von Savigny en su período más temprano rechazó, ciertamente, la interpretación objetivo-teleológica con el argumento según el cual el fin de la ley no se ha convertido en el contenido de la ley, contra lo cual él, no obstante, había permitido la analogía para llenar vacíos.

62 Sobre esto ver (con profusa documentación) A. Kaufmann. *Analogie* (nota 21), pp. 44 y ss.

deben ser abiertos y en qué medida se les debe colocar límites a los conceptos abstractos-generales. Exponer esto de manera más profunda será la tarea del capítulo VIII.

El problema cardinal es, hoy como antes, la *elección del método*. Los tribunales proceden en relación con esto todavía de manera arbitraria. La moderna teoría de la argumentación ha alcanzado, entretanto, considerables progresos. Especialmente Robert Alexy ha elaborado de manera muy convincente reglas prescriptivas de argumentación y de preferencia[63]. La desventaja es, solamente, que estas reglas son, en verdad, apropiadas para el discurso racional pero no para el proceso judicial. Alexy las considera, ciertamente, como "caso especial" del discurso racional[64], pero de manera equivocada. El proceso judicial es, ante todo, una actividad estratégica y no comunicativa; aspira, en una considerable parte, a obtener una utilidad y no sólo conocimiento verdadero, pues no es autónomo; los participantes están sujetos a la ley, inclusive a la ley defectuosa; el proceso no puede extenderse hasta el infinito, tampoco hasta la "saturación de los argumentos" (¿cuándo existe ya acuerdo sobre una tal saturación?) sino que termina también sin que medie el consenso; el (proceso) no debe servir sólo a la verdad o a la justicia sino, así mismo y ante todo, a la paz jurídica, razón por la cual las sentencias judiciales, también las (sentencias) incorrectas, hacen tránsito a cosa juzgada, lo que es completamente imposible con el discurso racional[65]. Que todos los participantes en un proceso judicial "exijan" que se "argumente racionalmente", lo que Alexy califica como lo esencial de su teoría del caso especial[66], me parece, desde la óptica de mi experiencia judicial, más que dudoso (finalmente, el acusado puede mentir sin ser castigado; algunos procesalistas aceptan, inclusive, que él tiene derecho a mentir). Pero aun en ese caso esto por sí solo no podría hacer del proceso

---

63 R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed., 1991.

64 *Ibid.*, pp. 261 y ss.

65 Sobre esto ver (con varias referencias a la literatura) A. Kaufmann. "Lässt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?", en H. Jung/H. Müller-Dietz (Eds.). *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*; Gerhard Kielwein zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 15 y ss.

66 Alexy. *Theorie* (nota 63), pp. 428 y ss.

judicial un discurso racional, en tanto no se reduzca la palabra "racional" a una categoría totalmente formal, sino que como racional se entienda, sobre todo, una racionalidad de contenido (νους, *intellectus*).

Muy plausibles parecen las reglas de prelación que ha elaborado John Rawls y que parten, en esencia, de las siguientes condiciones: a la persona que, en relación con la repartición de los valores individuales propios de la validez de la pretensión, está en la posición más desventajosa se le tiene que conceder el argumento prioritario decisivo, cuando, de otorgársele la prioridad al meta-orden individual de la persona que se encuentra en mejor situación, ella se viera colocada en una postura aún más desventajosa[67]. Es decir, protección de minorías, derechos fundamentales, libertades fundamentales.

Esto significa, formulándolo de manera distinta, dos cosas: 1) *Utilitarismo negativo*, es decir, no se debe aspirar a la mayor cantidad de felicidad del número más grande posible de personas, sino a la más amplia cantidad factible de prevención de la miseria del mayor número de gente posible, pues tan sólo el último principio es universalizable; la felicidad (que para cada quien es algo diferente)[68] no lo es. 2) *Principio de tolerancia: en caso de duda tiene prelación el argumento que tenga un más amplio margen de tolerancia*[69]. Por ejemplo, un fumador dice: yo fumo con placer y cuando a mí me apetece; otro fumador dice: yo fumo con placer, pero soy un hombre consciente de mi responsabilidad y fumo, por tanto, sólo cuando no molesto a otro; un no fumador dice: nadie tiene derecho a poner en peligro mi salud por causa del fumar pasivo, exijo, por ello, que sea prohibido fumar en público; otro no fumador dice: yo acepto la libertad de los demás y dejo fumar al fumador en la medida en que tenga consideración de los no fumadores. Es evidente que el cuarto argumento posee el más amplio margen

---

67 J. Rawls. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 5ª ed., 1990, pp. 96 y ss., en cuanto al principio de diferencia; p. 174 en cuanto a los dos principios de justicia.

68 Sobre el problema de la universalización de las reglas normativas ver (con otras referencias) A. Kaufmann. "Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken", en *ARSP*-Beiheft 45 (1992), pp. 77 y ss. También A. Kaufmann. *Negativer Utilitarismus; Ein Versuch über das bonum commune*, 1994; del mismo, "Die Lehre vom negativen Utilitarismus. Ein Programm", en *ARSP* 80 (1994), pp. 476 y ss.

69 Sobre esto ver el capítulo XX, V.

de tolerancia. El principio de tolerancia que, naturalmente, no debe ser considerado aislado de otros principios (responsabilidad, lealtad, juego limpio...) no es, por cierto, tan fácil de manejar como en el ejemplo, pero conduce, en varios respectos, a resultados más significativos. En el capítulo XX se mostrará, con el ejemplo de la *bioética*, cuán extraordinariamente compleja es la argumentación de una materia tal y cómo concurren aquí muy diversos principios y categorías éticas, también la tolerancia pero no solamente. Una complicación adicional se deriva del hecho de que, por experiencia, en relación con cuestiones que envuelven riesgo es muy difícil obtener consenso[70].

Para finalizar, que uno se guarde de las conclusiones demasiado lógicas, pues pueden transformarse fácilmente en rabulística. A ello puede inducir, particularmente, el *argumentum a fortiori*, la conclusión de "primera mano", como lo prueba el siguiente ejemplo relatado por Salcia Landmann. Un judío pregunta al rabino: ¿Puedo dormir con mi mujer? El rabino: Naturalmente. El judío: ¿Puede mi vecino dormir con su mujer? El rabino: Pues claro. El judío: ¿Puede mi vecino dormir con mi mujer? El rabino: De ninguna manera. El judío: ¿Puedo dormir con su mujer? El rabino: Jamás. El judío: ¿Dónde queda aquí la lógica? Si yo puedo dormir con una mujer con la cual mi vecino no puede dormir, ¡por cuánto más puedo yo, entonces, dormir con una mujer con la cual incluso él puede dormir!

---

70 Ver Birgit Kleinwellfonder. *Der Risikodiskurs; Zur gesellschaftlichen Inszenierung von Risiko*, 1996, *passim*. Más profundamente en el capítulo XX, pp. 558 y ss.

CAPÍTULO SÉPTIMO

Los conceptos jurídicos (la teoría general del derecho)

I. LITERATURA

Bergbohm, K. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Vol. 1 (único), 1892 (reimpr. 1973); Bierling, E. R. *Juristische Prinzipienlehre*, 5 Vols., 1894-1917; Binding, K. *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. 1, 3ª ed., 1916, Vol. 2, 2ª ed., 1914, Vol. 2, 2ª ed., 1916, Vol. 3, 1918, Vol. 4, 1919; Dubischar, R. *Grundbegriffe des Rechts*, 1968; Giannidis, I. *Theorie der Rechtsnorm auf der Grundlage der Strafrechtsdogmatik*, 1979; Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*, 1934, 2ª ed., 1960 (reimpr. 1976), del mismo; *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979; von Kirchmann, J. H. *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 2ª ed., 1873 (reimpr. 1970); Merkel, A. "Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben", en *Grünhuts Zeitschrift für Privat und öffentliches Recht*, I (1874), pp. I ss., 302 ss. (programático); Nawiaski, H. *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2ª ed., 1948; Opalek, K. *Theorie der Direktiven und der Normen*, 1986; Peschka, V. *Die Theorie der Rechtsnormen* (del húngaro), 1982; Philipps, L. "Normentheorie", en Kaufmann, A./W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 317 ss.; Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 3 bis, 8ª ed., § 15 = GRGA, T. 2, 1993, pp. 343 ss.; Röhl, K. F. *Allgemeine Rechtslehre*, 1995; Somló, F. *Juristische Grundlehre*, 2ª ed., 1927 (reimpr. 1973); Strömholm, S. *Allgemeine Rechtslehre* (del inglés), 1976; Thon, A. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878 (reimpr. 1964); van der Velden, W. G. "Die formale Allgemeinheit des materiellen Gesetzes", en *RTh* 22 (1991), pp. 329 ss.; Weingartner, P. *Logisch-philosophische Untersuchungen zu Werten und Normen; Werte und Normen in Wissenschaft und Forschung*, 1996. Por lo demás, cabe indicar que de la literatura sobre los conceptos fundamentales del derecho se ocupa toda la bibliografía jurídica.

II. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

La doctrina de los conceptos del derecho, sobre todo de los conceptos jurídicos fundamentales, pertenece tradicionalmente a la teoría general del derecho. Esta tendencia de la ciencia del derecho se generó en el siglo XIX como reacción, en especial, a la crítica del conocimiento de Kant. La pregunta que Kant planteó en la *Crítica de la razón pura* dice así: "¿Cómo son posibles los juicios sintéticos *a priori*?"[1]. Esto, formulado en forma algo más sencilla de comprender, significa: ¿existen conocimientos a partir de la razón, seguros, libres de error, con validez universal (*a priori* y no solamente *a posteriori*) que amplíen nuestro conocimiento (en forma "sintética" y no sólo "analítica")? La respuesta que dio Kant, principalmente en el acápite "Lógica Trascendental"[2], significó una estocada para toda la

1 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, B, p. 19.

2 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, A, pp. 50 y ss.; B, pp. 74 ss. Profundiza sobre esto A.

metafísica tradicional y la ontología (substancial) (y, en consecuencia, también para el derecho natural clásico). Según esto, al entendimiento no le es propia una fuerza cognoscitiva creativa (que amplíe nuestro saber) sino sólo una espontaneidad del conocimiento. Los contenidos ("objetos") del pensamiento no provienen del entendimiento sino de la intuición (de la experiencia sensorial) y son válidos, por tanto, sólo *a posteriori* (no son universalmente válidos y no están exentos del riesgo de error). *A priori* nos son dadas solamente las *formas* de la intuición (Kant habla aquí de estética) y las *formas* del pensamiento (con las que tiene que ver la lógica). Con ello se aferra Kant, fuertemente, al concepto científico racionalista y naturalista que predominó durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX y que estaba orientado hacia las matemáticas exactas y las ciencias naturales: "Yo afirmo, empero, que en aquella doctrina especial de la naturaleza [¡doctrina del derecho natural!] sólo puede encontrarse tanta ciencia propiamente dicha como se encuentre en ella matemática"[3].

La consecuencia para el campo del derecho es, según la formulación del neokantiano Rudolf Stammler, que "no (es), posible ninguna proposición jurídica que afirme la particularidad de su contenido absolutamente correcto"[4]. Este fue el final de una filosofía del derecho de contenido (material) como ciencia, por cierto sólo bajo la condición del concepto científico naturalista. En el siglo XIX este supuesto no fue cuestionado. En consecuencia, de la filosofía del derecho sólo quedó en pie la doctrina de las *formas* del derecho (conceptos, estructuras): la doctrina general del derecho, a la que Gustav Radbruch denominó alguna vez, de manera muy atinada, "eutanasia de la filosofía del derecho"[5]. Y esa doctrina general del derecho fue entendida –en forma parecida a lo que sucedió con la actual teoría del derecho (ambas no son ciertamente idénticas pero tienen, sin embargo, coincidencias)– como una pura "filosofía de juristas" que se había emancipado de la filosofía.

Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 68 y ss.

3 Kant. *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, A VIII, IX.

4 R. Stammler. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2ª ed., 1926, p. 94.

5 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, p. 110 = GRGA, T. 2, 1993, p. 247.

Adolf Merkel (1836-1896) es considerado como fundador de la doctrina general del derecho. Algunos otros representantes significativos son Karl Binding (1841-1920), Ernst Rudolf Bierling (1845-1919), Karl Bergbohm (1849-1927) y Félix Somló (1873-1920). En sentido amplio se puede contar entre ellos también a Hans Kelsen (1881-1973) cuya "doctrina pura del derecho" (ver arriba pp. 49 y ss.), parte del mismo concepto científico naturalístico, es decir, orientado hacia las ciencias naturales exactas.

Un capítulo central de la doctrina general del derecho es la teoría de los conceptos jurídicos y, por cierto, de los así llamados conceptos fundamentales del derecho. Estos conceptos no pueden ser explicados aquí en detalle, porque esto llenaría otro libro. Se debe pensar, además, que la doctrina general del derecho, de la que aquí se trata, sólo en un sentido distanciado pertenece a la filosofía del derecho. Pero puesto que el conocimiento de los conceptos fundamentales del derecho tiene en el entorno científico jurídico un significado que no se puede subvalorar es necesario decir, por lo menos, algo básico y presentar un sistema de esos conceptos fundamentales.

De los "conceptos fundamentales" del derecho, también llamados "propios" o "auténticos", se distinguen los conceptos jurídicos "impropios" o "no auténticos", "los conceptos jurídicos relevantes". Miremos primero a los últimos.

III. LOS CONCEPTOS DE DERECHO JURÍDICAMENTE RELEVANTES O IMPROPIOS

Cuando el legislador formula normas se vale del lenguaje corriente, del lenguaje común. Se puede tomar cualquier ley, cualquier libro de doctrina, cualquier comentario jurídico y siempre se va a topar uno con conceptos que han sido extraídos de la realidad que nos rodea: nacimiento, muerte, cosa, patrimonio, quitar, matar, heredar, matrimonio, daño, voluntad, error, posesión, propiedad, verdadero, jurar, edificio, empresario, comportamiento del mercado, mercado interno, vecino, incendiar, vicio redhibitorio, tiempo, transferir, espacio, reprobable, buena fe, etc., y así hasta el infinito; pues no hay final, de la misma manera que la realidad, de donde dichos conceptos son extraídos, no tiene final alguno. Son puros conceptos del lenguaje corriente. ¿No es acaso el lenguaje de la ley algo muy distinto al lenguaje

común, al lenguaje corriente? Si esto no fuese así, el aprendizaje de los conocimientos jurídicos no requeriría un estudio de varios años.

Como lo ha mostrado en particular Karl Engisch, existe precisamente un "concepto del mundo, propio de los juristas"[6], por ejemplo, en relación con ciertos conceptos como "acción", "causalidad", "cosa", "tiempo"; un concepto del mundo que no coincide de ninguna manera, en todos los puntos, en el concepto de mundo que tienen los hombres. Ciertamente, este concepto jurídico del mundo no está impregnado en forma decisiva de una cientificidad especial. Desde el punto de vista científico se puede hablar mejor de un concepto del mundo "natural" de los juristas; algunos inclusive lo llaman "ingenuo". Esto se manifiesta, por ejemplo, en el concepto de verdad (de la manera en que dicho concepto cumple un papel en los delitos de juramento). Para los juristas la verdad no es nada distinto de lo que establece la vieja fórmula: *Veritas est adequatio intellectus et rei*, es decir, un concepto muy objetivista de verdad que ya ha sido abandonado hace mucho tiempo por la mayoría de los más competentes filósofos. Esto no quiere decir que los juristas no hagan bien en aferrarse a ese concepto "ingenuo" de verdad[7]. O tomemos el concepto de "tiempo". Para el establecimiento de plazos o términos o de la prescripción estaría fuera de lugar orientarse de acuerdo con el concepto de tiempo de la astrofísica[8].

No se puede, entonces, llamar al mundo del jurista "científico". No se lo puede describir, no obstante, sin más ni más, con un lenguaje corriente. Ciertamente, los conceptos que nosotros tenemos aquí entre ojos provienen de la realidad; precisamente porque ellos son tomados de la realidad y no son producidos a partir del derecho mismo, se llaman conceptos "impropios" de derecho. Pero el derecho no acoge estos conceptos, así como así, en su significado corriente, pues el derecho en sus presupuestos de hecho debe *ordenar*, *determinar*, *valorar*, debe fundamentar un *deber ser*, y en vista

---

6 K. Engisch. *Vom Weltbild des Juristen*, 2ª ed., 1965.

7 Comparar sobre esto A. Kaufmann. "Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien", en *Festschrift für Jürgen Baumann*, 1992, pp. 119 y ss. (con más indicaciones).

8 Ver sobre este tema la muy completa investigación de Günther Winkler. *Zeit und Recht*, 1995.

de eso estos conceptos legales tienen un *significado normativo* más o menos impregnado (en ello reside su relevancia jurídica). Es evidente que un concepto cualquiera, como "tratamiento dañino e inadecuado" del cuerpo de otro (así la corriente "definición" de lesiones personales según los §§ 223 y ss. StGB) en gran medida es normativo, como también es evidente que bajo tales conceptos de valor se menoscaba la *determinación de la ley* (art. 103 párrafo 2º GG: *nulla poena sine lege*). Con la palabra "reprobable", de la cual se sirve el legislador en la normación de la extorsión y del chantaje (§§ 240 y 253 StGB) no solamente se vulnera, en forma no permitida, el mandato de determinación de la ley; no se trata de ninguna manera de un "concepto" (¿cuáles serían sus características constitutivas?), como tampoco la "buena fe" (§ 242 BGB) es un concepto, sino de un criterio orientador o un principio, cuyo "comentario" –en verdad es la concreción de un principio jurídico en derecho positivo– abarcaría, seguramente, mil páginas.

Si a partir de lo dicho se obtiene la opinión de que el legislador –sobre todo el legislador en materia penal– debería prescindir, en lo posible, de los conceptos indeterminados, especialmente de las cláusulas generales[9], entonces este es un principio correcto que no debe conducir, sin embargo, al error de que los conceptos normativos puedan ser, en general, evitados[10]. Como se dijo, el derecho debe sentar normas, ha de alcanzar un orden del deber ser, y esto no es posible con conceptos puramente empíricos. Todos los conceptos jurídicos están cubiertos de un "tejido normativo". "Cosa" es algo muy claro en el lenguaje corriente. En derecho, por el contrario, se entiende por cosa no necesariamente la cosa *substancial* sino, en algunos casos, por causa de muy complicadas reflexiones, también, o solamente, el *valor* de la cosa (hurto).

---

9 Sobre esto F. Haft. "Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht", en *JuS* 1975, pp. 477 y ss.; G. Grünwald. "Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 433 y ss.; W. Naucke. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973.

10 Sobre esto ver, fundamentalmente, J. Llompart. "Von der Wertlosigkeit der Wertabstinenz in der Philosophie und Theorie des Rechts", en G. Haney/W. Maihofer/G. Sprenger (Eds.). *Recht und Ideologie*; Festschrift für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag, 1996, pp. 147 y ss.

A esto se le agrega que una determinada palabra no va a ser utilizada con el mismo sentido en todo el orden jurídico. Así, "edificaciones" en el caso agravado del hurto (§ 243 StGB) y "edificaciones" en el sentido del incendio doloso (§ 306 StGB) no son siempre lo mismo; en el hurto agravado se trata de la irrupción por la fuerza en una esfera especialmente pacífica, de tal manera que una edificación en obra negra, sin ventanas ni puertas, no se encuadra dentro de las circunstancias de hecho, mientras que bajo el § 306 StGB sí encuadraría tal construcción en obra negra, pues el fin de la ley aquí es la protección de la vida humana. Según el § 1 BGB se es "hombre" (y con ello capaz jurídicamente) apenas desde la terminación del acto de nacer en adelante, mientras el derecho penal, por motivos muy significativos, fija el concepto de "hombre" a partir del momento del comienzo del acto de nacer (pues es precisamente durante el nacimiento que se debe proteger al niño contra lesiones personales o, inclusive, contra la muerte; la débil protección a través de la prohibición del aborto no es aquí suficiente). Estos ejemplos se pueden multiplicar a discreción. Así, el concepto de "documento" en el sentido de los delitos penales de falsificación de documentos es un concepto esencialmente diferente a lo que, desde el punto de vista procesal, es un "documento" en relación con la prueba documental. Esto es, por cierto, precisamente así como Wittgenstein[11] dice: "El significado de un concepto jurídico depende de la relación jurídica dentro de la cual es utilizado". Por ello es desacertado hablar en este contexto de "conceptos jurídicos relativos"[12]. Más bien, es correcta la palabra *relacional*, pues el significado de un concepto jurídico será determinado, como se ha dicho, a través de la relación en la que aparece. Sólo *en relación con* el hurto agravado se puede pensar en la idea de que el ácido sulfúrico sea un "arma".

De vez en cuando se tiene para el así llamado "concepto jurídico impropio" la denominación *concepto jurídico empírico*, con lo cual la mayoría de las veces se apela al uso del lenguaje de Kant. Contra esto no hay nada

---

11 L. Wittgenstein. *Philosophische Untersuchungen*, 1967, Nº 43: "Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache".

12 En este sentido especialmente K. Engisch. "Die Relativität der Rechtsbegriffe", en *Die Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel*, 1958, pp. 59 y ss.

que objetar en la medida en que se diga que estos conceptos *no* son *a priori*, sino que provienen de la *experiencia*. Sólo que aquí no se puede entender "empírico" en el sentido de "libre de valores" o "descriptivo".

Si existen conceptos "jurídicamente relevantes" deben existir también, así se debería pensar, *conceptos jurídicos irrelevantes*, una esfera sin ningún significado jurídico. Es interesante que Gustav Radbruch haya discutido exactamente esto. El piensa que un "espacio vacío de derecho" es "sólo vacío de derecho gracias a la propia voluntad del orden jurídico y, sobre todo, no vacío de derecho en sentido estricto, no un irregulado jurídico sino un campo fáctico regulado jurídicamente en sentido negativo a través de la recusación de toda consecuencia jurídica"[13]. Según esto, se debería decir que "comer", "beber", "dormir", "componer música"... caen en el espacio jurídicamente vacío, pues el orden legal no prevé ninguna consecuencia jurídica para tales conductas. Esto no es, me parece, nada más que un juego de palabras.

Con énfasis debe ser resaltado, sin embargo, que lo que se entiende en la teoría del derecho como un *espacio libre de derecho* no tiene nada que ver con el "espacio vacío de derecho" en el sentido de Radbruch. "Libres de derecho" son, según esto, formas de comportamiento que son del todo jurídicamente *relevantes* y que también están *jurídicamente reguladas* (la mayoría de las veces se trata de estado de necesidad o de emergencias semejantes), para los cuales el orden jurídico, no obstante, por determinados motivos, *prescinde de una valoración* (*jurídico o antijurídico*). La expresión correcta sería, por ende, *espacio libre de valoración jurídica*. Acerca de esto se hablará más en el capítulo XV.

IV. LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO O CONCEPTOS JURÍDICOS PROPIOS O CATEGÓRICOS

Al contrario de los conceptos jurídicos "impropios", "jurídicamente relevantes", "empíricos", los conceptos jurídicos fundamentales no provienen de la realidad extrajurídica, empírica; ellos se dan, más bien, con el derecho

---

13 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 5), p. 294 = GRGA, T. 2, 1993, p. 431.

a priori y necesariamente. Estos son los conceptos jurídicos "propios", "auténticos", las "categorías jurídicas". El conocimiento exacto de categorías jurídicas y su relación entre sí es una condición indispensable para todo contacto científico con el derecho.

El número de conceptos jurídicos fundamentales es grande, aun cuando no inmenso. Existen varias posibilidades para su sistematización, pero no todas definitivas, de igual manera como también las categorías del pensamiento y del ser se resisten contra todos los esfuerzos de la filosofía por su completa enumeración y sistematización. Esto se debe tener en cuenta, además, para el sistema que sigue a continuación. A pesar de esta limitación no carece, con todo, de valor cognoscitivo. Nos dice, antes que nada, algo sobre la relación entre estos conceptos y los contenidos que se esconden tras ellos.

Se debe observar, también, que la diferencia entre ley y derecho (comparar el artículo 20 párrafo 3 GG) no es considerada en el subsiguiente resumen (más sobre este tema en el capítulo IX).

1. Uno de los conceptos jurídicos más fundamentales es el de *norma jurídica* (precepto jurídico, regla jurídica). a) Una *norma jurídica completa o independiente* está compuesta de supuesto de hecho, consecuencia jurídica y subsunción de la consecuencia jurídica bajo el supuesto de hecho (disposición de validez). La norma jurídica no es un juicio asertórico, ella no dice qué es o qué no es (por ejemplo, que el asesino es castigado o que no es castigado) sino que es una disposición de validez o una norma de valoración que dice qué es lo que *debe* o *no debe* ser (por ejemplo, que el asesino debe ser castigado). En resumen: S (supuesto de hecho) - (implica) C (consecuencia jurídica); o para cada caso de S *es válido* C. Sobre la esencia de la norma jurídica discuten varias teorías, especialmente la *teoría de los imperativos* y la *teoría de valoración normativa*. La teoría de los imperativos no reconoce que además de normas imperativas, es decir, normas de mandato o prohibición, también existan normas jurídicas de otro tipo que no encuadrarían en tal definición; así, particularmente, normas de garantía (por ejemplo, los derechos subjetivos no se pueden explicar suficientemente a través de imperativos) y normas de legítima defensa (por ejemplo, motivos de justificación como la defensa propia). Además, no tiene en cuenta que el imperativo no puede ser lo fundamental; antes que el legislador ordene o

prohíba debe haber *valorado* la correspondiente conducta como debida o indebida. La teoría de la valoración normativa merece, por ello, la preferencia[14].

b) Las *normas jurídicas incompletas o dependientes* no muestran los tres componentes nombrados; o bien falta el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica y, por ende, también la subsunción de la consecuencia jurídica bajo el supuesto de hecho. Dentro de este tipo de normas se cuentan: aa) *definiciones legales* (por ejemplo, cosas accesorias, § 97 BGB:); bb) *normas de remisión* (por ejemplo, § 1008 donde se remite a los §§ 1009-1011); cc) *normas de interpretación* (por ejemplo, § 154 BGB: "En caso de duda" el contrato se tiene por no realizado); dd) *presunciones simples y que admiten prueba en contrario*, "*praesumtiones iuris*" (por ejemplo, § 891 BGB: presunción de la corrección del registro inmobiliario; admite prueba en contrario; tiene, no obstante, significado en relación con la carga de la prueba); ee) *Presunciones que no admiten prueba en contrario*, *praesumtiones iuris et de iure* (por ejemplo, § 892 BGB: a favor de quien adquiere un derecho sobre un bien inmueble se presume irrefutablemente que el registro inmobiliario es correcto; motivo [de ello] es el interés en un fluido tráfico jurídico); ff) *ficciones*: con ellas se "supone" que T2 vale "como si" se presentara un caso de T1; se habla también de referencias ocultas (por ejemplo, § 1923 párrafo 2 BGB: en derecho de sucesión vale que el *nasciturus* sea tratado "como si" hubiese nacido antes de la sucesión)[15].

---

14 Más sobre este tema en A. Kaufmann. *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949 (reimpr. 1985), pp. 132 y ss.; K. Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 250 y ss. (con más referencias). Como introducción e información, especialmente apropiado, L. Philipps. "Normentheorie", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 317 y ss.

15 La *ficción* es una figura jurídica muy interesante. Los representantes del positivismo jurídico piensan que el legislador puede hacer cualquier suposición, aun cuando ellas se alejen mucho de la realidad (de acuerdo con esto, P. Lerche. "Die Technik des 'Als-Ob' im Recht", en P. Eisenmann/G. Zieger [Eds.]. *Zur Rechtslage Deutschlands; innerstaatlich und international*; Berichte und Studien der Hanns-Seidel-Stiftung e. V., 1991). No podemos compartir lo que él piensa. Motivo interno para las ficciones es la similitud de los supuestos de hecho: en relación con el derecho de sucesión (¡sólo en

c) Las normas jurídicas se distinguen, acto seguido, *de acuerdo con su contenido*: aa) *normas de mandato* (por ejemplo, obligación de pagar gastos de manutención); bb) *normas de prohibición* (por ejemplo, prohibición de matar a una persona); cc) *normas de garantía* (por ejemplo, derechos del comprador y del vendedor que se desprenden del contrato de compraventa); dd) *preceptos de permisión* (por ejemplo, motivos de justificación, como estado de necesidad).

d) Una clasificación ulterior desde el punto de vista del ámbito de validez y, por cierto: aa) *de acuerdo con el ámbito de validez personal*: α) derecho común, *ius commune* (vale, básicamente, para cualquiera, por ejemplo, el derecho de compraventa según el BGB); ß) derecho especial, *ius proprium* (válido sólo para determinado grupo de personas; por ejemplo, derecho de compraventa comercial según HGB); bb) *según el ámbito de validez objetivo*: α) derecho general, *ius generale* (por ejemplo, § 212 StGB: el así llamado "asesinato" como el modo fundamental del homicidio preterintencional); ß) derecho especial (por ejemplo, § 211 StGB: asesinato como caso cualificado del homicidio preterintencional, y § 217 StGB: infanticidio como caso

---

esta relación!) se asimila el *nasciturus* al hombre ya nacido. Las ficciones son, por tanto, analogías ordenadas por la ley por cuanto la posibilidad de las ficciones no es, en consecuencia, ilimitada. Debe existir algo en común, de lo contrario sería lógicamente imposible aplicar la misma norma. *Fictio naturam imitatur*, *quantum potest*. Comparar A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, pp. 24 y ss. En relación con esto también K. Larenz. *Methodenlehre* (nota 14), pp. 262 y ss. (él habla de una "equiparación" de los supuestos de hecho); J. Esser. *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 2ª ed., 1969, pp. 24 y ss., especialmente 105 ("Analogien"). Comparar, también, Stanko Frank. "Analogie und Fiktion im Strafrecht", en *Festschrift für Dolenc*, *Krek*, *Kusej und Skerlj zu ihrem 60. Geburtstag*, 1938, pp. 1025 y ss. (se publicaron las contribuciones por separado, no el Festschrift como tal). En la filosofía existe una corriente según la cual todos los conocimientos son ficciones, es decir, representaciones arbitrarias y conscientemente falsas con el fin de la comprensión de la realidad, representaciones que no son "verdaderas", pero que poseen un "valor meritorio" (conveniencia); principal representante de este "ficcionalismo" es Hans Vaihinger, su principal obra: *Die Philosophie des Als Ob*, 10ª ed., 1927. Para quienes tienen interés en el tema, Umberto Eco. *Im Wald der Fiktionen*; *Sechs Streifzüge durch die Literatur*, 1994 (sobre Flaubert, Poe, Joyce, Kafka, Dumas, Dante, Proust, Wittgenstein y otros).

característico de homicidio preterintencional; esta distinción es en el derecho penal de gran significación, por ejemplo, en lo que se refiere a participación; cc) *según el ámbito de validez espacial*: α) derecho universal, *ius universale* (es válido para todo el horizonte de una comunidad jurídica; por ejemplo, el derecho federal); ß) derecho particular, *ius particulare* (válido, solamente, para un sector; por ejemplo, el derecho de los Estados federados).

e) *Luego se distinguen las normas de acuerdo con su fuerza de validez*: aa) normas de derecho obligatorio, *ius cogens*; no se puede acordar nada diferente que se aparte de ellas (por ejemplo, el derecho penal, o el § 138 BGB); bb) normas de derecho dispositivo, *ius dispositivum* (estas normas valen en la medida que no sea acordado algo diferente que se aparte de ellas; por ejemplo, derecho de compraventa, régimen conyugal).

f) Además se distingue: aa) *derecho regla* (por ejemplo, el principio de culpabilidad; en principio se responde sólo por una vulneración culpable de la norma); bb) *derecho contrario a la regla*, "*ius singulare*". (por ejemplo, el chofer responde aun sin haber incurrido en culpa; responsabilidad por causación, responsabilidad por riesgo).

g) Finalmente, las normas son clasificadas en aa) *derecho estricto*, "*ius singulare*". (consecuencias jurídicas redactadas de la manera más exacta posible para evitar el peligro de una manipulación arbitraria; proporciona seguridad jurídica pero, con frecuencia no cumple con las exigencias del caso particular; el principio de determinación en el derecho penal, ver artículo 103 párrafo 2 GG: *Nulla poena sine lege stricta et praevia*); bb) *derecho equitativo*, "*ius aequum*" (conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales y otros por el estilo); deja un espacio que ofrece la posibilidad de cumplir con las exigencias del caso particular, pero subsiste el peligro de la arbitrariedad y de la inseguridad jurídica; por ejemplo, el § 242 BGB: buena fe; estas normas son muy inconvenientes en el campo del derecho penal: por ejemplo, "reprochable" en el § 240 StGB [coacción] y § 253 StGB [extorsión]).

2. Otro concepto jurídico fundamental, muy general, es el de *fuente del derecho.* Las fuentes del derecho en sentido estricto son sólo normas que están determinadas para la decisión jurídica sobre supuestos de hecho de la vida, no (como, por ejemplo, un libro de doctrina jurídica) aquello que sirve para el hallazgo o comprensión de las fuentes del derecho. La

característica esencial (mas no la única) de todas las fuentes del derecho es su *generalidad*, esto quiere decir que ellas son válidas para un número indeterminado de supuestos de hecho de la vida, jurídicamente relevantes (¡las leyes medida y las leyes para el caso particular son problemáticas!).

Se distinguen los siguientes tipos de fuentes del derecho: a) La *ley en sentido material*. Es la norma jurídica general expedida por el Estado o por cualquier asociación llamada a emitir leyes. Dentro de ellas se cuentan: aa) la *ley en sentido formal*, es decir, el precepto jurídico fijado y publicado por los órganos estatales que, de acuerdo con la Constitución, están facultados para ello con observancia de la forma dispuesta por ésta. Depende del trámite legislativo especial que tenga que seguir; en las democracias está llamado a producir leyes en sentido formal sólo el pueblo (*referendum*), la mayoría de las veces por medio de su representante el Parlamento, el Legislativo y no el Ejecutivo (¡principio de división de poderes!). Cuando en el orden jurídico se habla de "ley" (por ejemplo, el art. 103 párrafo 2 GG: punibilidad determinada *legalmente*), en caso de duda se hace referencia a una ley formal; bb) los *decretos*, es decir, los preceptos jurídicos generales emanados de un gobierno o una autoridad administrativa legitimada para ello con base en una autorización (formal) legal (por ejemplo, los decretos de ejecución o de cumplimiento; se habla aquí también de una fuente del derecho derivada); cc) los *estatutos autónomos*: por ellos se entiende una norma jurídica general, emanada de una pequeña unidad existente dentro del Estado que está dotada con capacidad para dictar normas (por ejemplo, los estatutos locales de los municipios).

b) El *derecho consuetudinario*. También el derecho consuetudinario es derecho positivo. Su positividad no se funda, sin embargo, en un acto de creación jurídica estatal sino en la práctica continua y reiterada en el tiempo de una regla, unida a la voluntad de la comunidad para otorgarle validez jurídica (el derecho consuetudinario existe, sobre todo, en el campo del derecho del trabajo y del derecho social). Con respecto al derecho consuetudinario limitado territorialmente se habla de *observancia*.

c) Las reglas generales del derecho internacional público poseen también carácter de fuentes del derecho (art. 25 GG).

d) Se discute hasta qué punto el derecho arancelario es una fuente del derecho. Sin lugar a dudas no son fuentes del derecho ni las prácticas

forenses, ni los principios científicos doctrinales, ni las reglas de tráfico o los contratos estatales (a no ser que hayan sido transformados en derecho interno estatal); a partir de ellos, no obstante, pueden surgir fuentes del derecho: por ejemplo, una jurisprudencia permanente durante un largo tiempo puede consolidarse como derecho consuetudinario, mas no contra la oposición de la ciencia (pues, entonces, se carece de una voluntad de validez jurídica concertada; de la *opinio iuris*).

3. El siguiente aspecto general de ordenación es el concepto de los *hechos jurídicos*. a) El supuesto de hecho legal describe en forma típica una circunstancia de hecho de la vida. A este le subyacen hechos jurídicos (por ejemplo, la compra de una casa, el asesinato de una persona) como aquellos sucesos reales y actuaciones humanas que, bajo un *punto de vista jurídico*, son significativos (o sea, no puros hechos empíricos). Los hechos jurídicos son la materia del derecho, las realidades de la legislación. Su número es ilimitado.

b) El hecho jurídico más importante es la *acción* en sentido jurídico. Se puede definir como la conformación "responsable" y significativa de la realidad con las consecuencias causales (en sentido amplio) que la voluntad puede controlar (imputables, por tanto, a quien actúa)[16]. Bajo este concepto de actuación se contemplan no sólo comportamientos jurídicos y antijurídicos, intencionales y negligentes, culminados e iniciados, de autoría y complicidad, sino, junto al actuar activo, también la *omisión* en el sentido de un acto no realizado, pero cuya realización era esperada por el orden jurídico. Actuación en relación con el evitar un resultado jurídicamente relevante.

aa) Dentro de los comportamientos *jurídicos* se diferencian: α) el *negocio jurídico*; es la declaración de la voluntad dirigida conscientemente a la producción de efectos jurídicos, es decir, el efecto jurídico se produce por

---

16 Ver A. Kaufmann. "Die ontologische Struktur der Handlung; Skizze einer personalen Handlungslehre", en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, pp. 79 y ss., especialmente 116. En particular, mucho de la doctrina de la acción es discutido. Una lectura agradable: W. Schild. "Schillers 'Verbrecher aus verlorener Ehre'; Gedanken zu einem juristisch-hermeneutischen Handlungsbegriff", en W. Hassemer (Ed.). *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, pp. 111 y ss.

cuanto y en la medida que es querido. αα) La principal forma del negocio jurídico es el *contrato*, tal vez la más importante figura jurídica que existe, no sólo del derecho privado sino también del derecho público, especialmente del derecho internacional público. Por contrato se entiende la declaración de voluntad coincidente de dos o más sujetos jurídicos que se encuentran frente a la producción de un único resultado jurídico. Otras formas del negocio jurídico son: ßß) *acto conjunto* (declaraciones de voluntad de varias personas en un mismo sentido para la realización de un fin común) y γγ) *resolución* (por ejemplo, las declaraciones comunes de un órgano de una asociación de personas). Junto al negocio jurídico se encuentran: ß) *actuación similar al negocio jurídico*; en ella la consecuencia jurídica es indirectamente deseada (por ejemplo, la exhortación del deudor, con la cual tiene lugar el completo vencimiento de la obligación, con independencia, de la voluntad del acreedor al que se le hace la exhortación); γ) *acto real*, en el cual la consecuencia jurídica se da sin tener en cuenta aquello que fue deseado (por ejemplo, el establecimiento del domicilio según los §§ 7 y ss. BGB).

bb) Dentro de las *conductas antijurídicas* se encuentran, por una parte, los hechos punibles (aquí es importante la distinción entre antijuridicidad y culpa); por otra parte, en el derecho civil las actuaciones antijurídicas, pero también las situaciones antijurídicas (enriquecimiento injustificado); igualmente, existen en el derecho público, fuera de las actuaciones antijurídicas, también las situaciones antijurídicas, que obligan a los órganos estatales (policía) a intervenir (por ejemplo, una casa que por causa de un terremoto amenaza ruina).

cc) Distinta de la actuación jurídica y antijurídica es la *actuación no valorada por el derecho*, el así llamado *espacio libre de derecho*. Se trata de una forma de comportamiento, la mayoría de las veces de aquellos [comportamientos] en estado de necesidad que son jurídicamente relevantes y están regulados jurídicamente pero que racionalmente no pueden ser valorados como jurídicos o antijurídicos. Aquí expide el legislador en todo caso una regulación, lo que con frecuencia es desconocido (por ejemplo, en el sentido en que declara la correspondiente acción como “no punible”); él prescinde, no obstante, de una valoración, se la deja a los interesados. Correctamente se debe llamar, por tanto, “espacio libre de valoración jurídica”. Acerca de estas cuestiones tan discutidas se hablará más en el capítulo XV.

4. En el sistema sigue, ahora, el concepto fundamental de *relación jurídica*. Se entiende por tal una relación entre personas, o entre personas y cosas, jurídicamente relevante, regulada a través del derecho objetivo (aquí se muestra el carácter relacional del derecho; ver capítulos VIII y IX). Núcleo de una relación jurídica es, por lo menos, un derecho subjetivo; la mayoría de las veces, sin embargo, son varios derechos subjetivos.

a) Derecho objetivo y subjetivo. *Derecho objetivo* es el compendio de las normas jurídicas que regulan la vida en común de los hombres. Este concepto jurídico nominalista (positivista), parece ser suficiente en este con-texto. En el capítulo IX se presentará un concepto jurídico diferencial que no comprende al derecho como la suma de las leyes solamente. *Derecho subjetivo* (facultad) es la voluntad de poder otorgada a través del derecho objetivo para la realización autónoma de un interés jurídicamente protegido (bien jurídico). El derecho subjetivo no es, entonces, ni solamente el interés protegido jurídicamente (en este sentido, sin embargo, Rudolf v. Jhering) ni solamente la voluntad de poder garantizada por el derecho objetivo (como pensaba Bernhard Windscheid), sino ambos a un mismo tiempo. La pregunta sobre cómo se comportan el derecho objetivo y el derecho subjetivo entre sí es característica de la correspondiente concepción de Estado. En Estados autoritarios no existen derechos subjetivos originarios, dichos derechos son concedidos al individuo a través del Estado. Según la concepción del Estado de derecho liberal, por el contrario, el individuo posee derechos subjetivos originarios (derechos fundamentales, derechos humanos) que son anteriores al Estado (él los debe respetar) y no debe agredir su "contenido esencial" (artículo 19 párrafo 2 GG)[17]; en esta medida, la definición dada más arriba debe modificarse.

Una relación jurídica se compone, como se dijo, de uno o más derechos subjetivos (por ejemplo, la relación de la compraventa a partir de los derechos del vendedor y del comprador según el § 433 BGB). Varias relaciones jurídicas de un tipo determinado se sintetizan bajo el concepto de *institución jurídica* (por ejemplo, la institución jurídica de la compraventa regula otros

---

17 Sobre este tema, más profundamente, A. Kaufmann. "Über den 'Wesensgehalt' der Grund- und Menschenrechte", en *ARSP* 70 (1984), pp. 384 y ss.

derechos y obligaciones distintos a los nombrados en el § 433 BGB: §§ 434 a 514, con lo cual el § 433 es la norma determinante del tipo). Varias instituciones jurídicas conforman una *materia jurídica* (por ejemplo, el derecho de compraventa, el derecho de alquiler, el derecho de arrendamiento... se ubican bajo el concepto más amplio del derecho de las obligaciones) y varias materias jurídicas, finalmente (derecho de las obligaciones, derecho de familia, derecho de sucesiones...), conforman la *codificación* (el BGB, por ejemplo).

b) Existen relaciones jurídicas de derecho público, de derecho privado y de derecho social y, de acuerdo con esto, también esas tres clases de derechos subjetivos. En relación con la prevaleciente teoría del imperio, el *derecho público* se caracteriza por la superposición del Estado u otras entidades estatales con respecto a las personas privadas (derecho de subordenación; por ejemplo, derecho estatal, derecho penal, derecho procesal), mientras que el *derecho privado* tiene que ver con las relaciones jurídicas entre personas colocadas en una misma posición (derecho de coordinación; por ejemplo, BGB, HGB). El *derecho social* asume una posición especial entre ambos.

aa) *Derechos públicos subjetivos* son, en primera medida, aquellos (a) del Estado frente al individuo (por ejemplo, la pretensión en materia tributaria). Según una concepción autoritaria, el Estado como autoridad no necesita de ningún derecho. Bajo el punto de vista del Estado de derecho, por el contrario, el Estado no posee ningún poder frente al individuo distinto al que le haya sido concedido a través del derecho. Estas concepciones contradictorias tienen que ver con (b) los derechos subjetivos del individuo frente al Estado. En un Estado autoritario el individuo no posee ninguno de estos derechos; no puede, en especial, elevar una demanda contra el Estado. En el Estado de derecho, por el contrario existe una cláusula general de la jurisdicción administrativa: si alguien es lesionado en sus derechos por parte del poder público, entonces permanece abierta ante él la vía judicial (art. 19 párrafo 4 GG). De acuerdo con el modelo de Georg Jellinek[18] los derechos públicos subjetivos del individuo se pueden dividir en: α) derechos

---

18 G. Jellinek. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., 1905 (reimpr. 1963).

fundamentales y derechos de libertad; éstos tienen que ver con el *status* negativo, el *status libertatis* (especialmente los derechos según los arts. 1º y ss. GG , con cuya vulneración se puede demandar el cese en la violación); ß) derechos de participación, que tienen que ver con el *status* activo (Jellinek: *status* del civismo activo) (por ejemplo, el derecho a elegir, el derecho de los municipios a la autonomía administrativa o el derecho de participación de los legos en el proceso); γ) finalmente, las pretensiones positivas, el *status* positivo, también el *status civitatis* (pretensión a la indemnización por causa de expropiación legal, pretensión a la respuesta de una solicitud).

bb) *Los derechos privados subjetivos* se pueden clasificar: α) según el contenido del derecho de dominio y, en efecto, en: αα) derechos absolutos, como el derecho de propiedad, que producen efectos frente a todo el mundo, son derechos *sobre* algo, derechos de dominio, derecho a lo que está permitido hacer; ßß) derechos relativos, que sólo son válidos con respecto a determinadas personas por ellos obligadas, son derechos *a* algo, derecho-deber. A ellos pertenecen: α) los derechos de crédito (derechos derivados de una obligación; por ejemplo, del vendedor a que le sea pagado el precio de la compraventa) y ß) los derechos de asociación (por ejemplo, del asociado frente a la sociedad); γγ) derechos potestativos, derechos *para* algo, derecho-poder. Aquí se diferencia entre: α) derecho potestativo directo, es decir, el dueño del derecho puede realizar él mismo la potestad (fundamentación, transferencia, anulación, transformación del contenido y gravamen de derechos), y ß) derecho potestativo indirecto, es decir, a través de un juicio (el divorcio). ß) Según el objeto de los derechos subjetivos: αα) derecho sobre las personas, por una parte, con relación a la misma persona (derecho de la personalidad; por ejemplo, el nombre), por otra parte, sobre personas distintas (por ejemplo, el derecho de los padres sobre el hijo); ßß) derechos patrimoniales, los cuales se descomponen en: α) derechos patrimoniales absolutos, es decir, derechos sobre objetos corporales, derecho de cosas (por ejemplo, la propiedad, la hipoteca) y derechos sobre objetos incorporales, derechos sobre bienes inmateriales (por ejemplo, derecho de propiedad intelectual, derecho de patentes); ß) derechos patrimoniales relativos, derechos de exigencia (por ejemplo, derechos del vendedor, del comprador, del arrendador...) (en este punto se muestra claramente que, en sí, los grupos individualmente considerados se entrecruzan).

cc) El *derecho social*. Es visto tradicionalmente como una forma mixta entre el derecho público y el derecho privado; correspondientemente se trata, por una parte, de derechos públicos subjetivos y, por otra, de derechos privados subjetivos. En tiempos recientes se ha impuesto cada vez más la opinión según la cual en relación con el derecho social se trata de una forma autónoma junto al derecho público y al derecho privado[19].

5. El quinto y último tema de sistematización es el concepto de *sujeto de derecho*. Sujeto de derecho es quien puede tener derechos y obligaciones. Este es, por una parte, (a) el hombre, la *persona natural* (§ 1 BGB); b) capacidad jurídica tienen, por otra parte, las así llamadas *personas jurídicas*. La *afirmación de la capacidad jurídica de las personas jurídicas* ha proporcionado dificultades, desde hace largo tiempo, a la teoría del derecho. aa) La *teoría de la ficción* (Friedrich Carl v. Savigny, Bernhard Windscheid) establece que sólo el hombre puede ser jurídicamente capaz, la capacidad jurídica de las así llamadas personas jurídicas sería capacidad ficticia; bb) la *teoría del goce* (Rudolf v. Jhering) cuestiona en sí una personalidad ficticia de la persona jurídica; jurídicamente capaces no son ni el Estado, ni una fundación, etc., como tales, sino aquellas personas naturales que se valgan de dichas figuras. La última teoría nombrada está en contradicción con el derecho vigente, pero la afirmación según la cual la persona jurídica no sería real sino una ficción tampoco es satisfactoria; en el extremo opuesto se encuentra (cc) la *teoría de la personalidad real de la asociación* (Otto v. Gierke), la cual establece que en relación con las personas jurídicas se trata, lo mismo que respecto de seres humanos, de una figura con un "organismo supraindividual"; esta teoría, que ya por causa del manifiesto ontologismo es sospechosa, fracasa por lo menos en relación con la fundación; dd) correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real

---

19 Sobre el derecho social no se dirá más. Una mayor información ofrecen H. Bley. *Sozialrecht*, 6ª ed., 1988; W. Rüfner. *Einführung in das Sozialrecht*, 2ª ed., 1991; H. F. Zacher. "Sozialrecht und Gerechtigkeit", en A. Kaufmann y otros (Eds.). *Rechtsstaat und menschliche Würde*; Festschrift für Werner Maihofer, 1988, pp. 669 y ss. Recientemente, E. Eichenhofer. *Sozialrecht*, 2ª ed., 1997.

(de acuerdo con la *teoría de la finalidad patrimonial* una personalidad con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como *persona en sentido analógico*[20]. Si se tiene en cuenta esto, entonces no se puede objetar nada en contra de la caracterización de la persona jurídica como una unidad estructural, reconocida por el orden jurídico como portadora independiente de derechos.

c) Existen personas jurídicas tanto de derecho público como de derecho privado y, por cierto, tres tipos fundamentales: *corporación* (mayoría de personas), *entidad* (establecimiento) y *fundación* (patrimonio de destinación). Corporaciones de derecho público son, sobre todo, las entidades territoriales (Estado, municipios), pero, también, gremios, asociaciones de profesionales, cámaras de artesanos. Las corporaciones del derecho privado son llamadas asociaciones y sociedades (anónimas, limitadas). Entidades de derecho público son, por ejemplo, las entidades de seguro. De acuerdo con nuestro derecho no existen establecimientos de derecho privado. Por otro lado, las fundaciones son en su mayoría de naturaleza jurídica privada (por ejemplo, la fundación "Gustav Radbruch").

d) *Digresión*. Como se expone en el capítulo XI, existen, de acuerdo con Radbruch, tres fines supremos del derecho: aa) el *individualista* (libertad del individuo), bb) el *supraindividualista* (poder como un todo), cc) el *transpersonal* (nación cultural). Curiosamente, estos fines del derecho se reflejan en la teoría de la persona jurídica. La teoría de la ficción y la teoría del goce corresponden a la concepción individualista. La teoría de la personalidad real de la asociación es lo mismo que la concepción supraindividual. La teoría de la naturaleza análoga de la persona jurídica, entre tanto, no se puede subsumir completamente en ninguno de los tres fines, sino que los abarca a todos, así como los tres fines supremos propuestos por Radbruch tampoco existen por sí, sino que apenas en su síntesis integran al todo, a todos los hombres: como individuos, como personas sociales, como portadores de cultura.

---

20 Ver A. Kaufmann. *Analogie* (nota 15), especialmente p. 25.

CAPÍTULO OCTAVO

Derecho y lenguaje. La imputación como proceso de comunicación

I. LITERATURA

Friedrich Ernst Daniel Schleiermacher, Friedrich v. Schlegel, Wilhelm v. Humboldt, Wilhelm Dilthey, Edmund Husserl, Bertrand Russell, Alfred Whitehead, Ernst Cassirer, Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer.

Aarnio, A. *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979; Adams, M. "Normen, Standards, Rechte", en *JZ* 1991, pp. 941 ss.; Apel, K. O. "Sprache", en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, 5 Vols., 1974, pp. 1383 ss.; Baumann, M. *Recht/Gerechtigkeit in Sprache und Zeit*, 1991; Brinckmann. "Juristische Fachsprache und Umgangssprache", en *ÖVD* 1972, pp. 60 ss.; Bubner, R. (Ed.). *Sprache und Analysis*, 1968; Bundeszentrale für politische Bildung (Ed.). *Recht und Sprache*, 1983; Busse, D. "Zum Regel-Charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen: was leistet Wittgensteins Regelbegriff in einer anwendungsbezogenen Semantik für das Interpretationsproblem der juristischen Methodenlehre?", en *RTh* 19 (1988), pp. 305 ss.; del mismo, *Juristische Semantik; Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, 1993; Dölle, H. *Vom Stil der Rechtssprache*, 1949; Engisch, K. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968; del mismo, *Vom Weltbild des Juristen*, 2ª ed., 1965; del mismo, "Die Relativität der Rechtsbegriffe", en *Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel*, 1958, pp. 59 ss.; Forsthoff, E. *Recht und Sprache*, 1940 (reimpr. 1964); Frosini, V. "Wort und Sprachverwendung als Technik des Rechts", en *RTh* 22 (1991), pp. 415 ss.; Gizbert-Stunicki, T. "Die Rechtssprache aus soziolinguistischer Sicht", en *RTh* 15 (1984), pp. 69 ss.; Glinz, H. *Sprachwissenschaft heute*, 2ª ed., 1970; Grossfeld, B. "Sprache und Recht", en *JZ* 1984, pp. 1 ss.; del mismo, "Sprache und Schrift als Grundlage unseres Rechts", en *JZ* 1997, pp. 633 ss.; Haas, R. (Eds.). Recht und Sprache, 1989; Haft, F. "Recht und Sprache", en A. Kaufmann/ W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 269 ss.; del mismo, *Der Schulddialog Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht*, 1978; Hare, R. M. *Die Sprache der Moral* (del inglés), 1983; Hassemer, W. *Tatbestand und Typus*, 1968; Hattenhauer, H. *Zur Geschichte der deutschen Rechts und Gesetzessprache*, 1987; Hatz, H. *Rechtssprache und juristischer Begriff*, 1963; Heintel, E. *Einführung in die Sprachphilosophie*, 4ª ed., 1991; Heinz, K. F. "Juristische Sprachverwendungen und Kommunikationssituation", en *ARSP*-Beiheft 8 (1977), pp. 95 ss.; Hilgendorf, E. "Recht und Sprache", en *ARSP* 80 (1994), pp. 130 ss.; Hofmann, H. *Repräsentationsstudien zur Wort und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, 1974; Horn, D. *Rechtssprache und Kommunikation*, 1966; Jorgensen, S. "Language and Reality", en F. Fleerackers y otros (Eds.). *Law, life and the Images of Man; Modes of Though in Modern Legal Theory*; Festschrift für Jan M. Broekman, 1996, pp. 121 ss.; Kaser, P./J. Wallmannsberger (Eds.). *Recht, Sprache und elektronische Mediatisierung von Sprache und Wissen in interdisziplinärer Perspektive*, 1992; Katz J. J. *Philosophie der Sprache* (del inglés), 1969; Kaufmann, A. *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993 (pp. 110 ss.: "Recht und Sprache"); del mismo, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982; del mismo, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre; Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, 1982; Keller, A. *Sprachphilosophie*, 1979; Kindhäuser, U. K. *Intentionale Handlung; Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, 1980; Krawietz, W./L. Pospisil/S. Steinbrich (Eds.). *Sprache, Symbole und Symbolverwendungen in Ethnologie, Kulturanthropologie, Religion und Recht*; Festschrift

für Rüdiger Schott zum 65. Geburtstag, 1993; Kurz, G. *Metapher, Allegorie, Symbol*, 1982; Kutschera, F. v. *Sprachphilosophie*, 2ª ed., 1974; Langhein, A. W. H. *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode*, 1992; Larenz, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991 (pp. 437 ss.: "Begriffs und Systembildung in der Jurisprudenz"); Leenen, D. *Typus und Rechtsfindung*, 1971; Menne, A. "Einige Aspekte zum Thema 'Sprache und Logik'", en *ARSP* 48 (1962), pp. 507 ss.; Müller, F. *Recht-Sprache-Gewalt*, 1975; Müller-Dietz, H. "Sprache und Recht", en M. Martinek y otros (Eds.). *Festschrift für Günther Jahr*, 1993. pp. 127 ss.; Nerhot, P. (Ed.). *Legal Knowledge and Analogy; Fragments or Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, 1991; Neumann-Duesberg, H. *Die Sprache im Recht*, 1949; Oksaar, E. "Sprache als Problem und Werkzeug der Juristen", en *ARSP* 53 (1967), pp. 91 ss.; Pfordten, D. v. d. *Deskription, Evaluation, Präskription; Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlagen von Ethik und Recht*, 1993; Podlech, A. "Die juristische Fachsprache und die Umgangssprache", en H. J. Koch (Ed.). *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976. pp. 31 ss.; Radbruch, G. "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* (*Revue Internationale de la Théorie du Droit*), 12 (1938), pp. 46 ss.; del mismo, "Vorschule der Rechtsphilosophie", 1947 (§ 29: "Die Ausdrucksformen des Rechts"); ambos ahora en GRGA, T. 3, 1990, pp. 60 ss., 121 ss.); Romeo, F. *Analogie; Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht*, 1991; Runggaldier, E. *Analytische Sprachphilosophie*, 1990; Savigny E. v. *Die Philosophie der normalen Sprache*, 1974; Schaff, A. *Essays über die Philosophie der Sprache*, 1968; Schlapp, T. "Zur Unterscheidung von Objektsprache und Metasprache", en *RTh* 10 (1979), pp. 502 ss.; Searl, J. R. *Sprechakte*, 1971; Seibert, T. M. "Zeichen und Gesetzesbindung; Arbeiten zur Rechtssprache aus der Strukturierenden Rechtspflege", en *RTh* 22 (1991), p. 470; Söhngen, G. *Analogie und Metapher; Kleine Philosophie und Theologie der Sprache*, 1962; Triepel, H. *Vom Stil des Rechts*, 1947; Tugendhat, E. *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, 1976; Vernengo, R. J. "Recht und Sprache; Anmerkungen über die Rechtsdefinitionsproblematik", en *ARSP*-Beiheft, N. F. 4 (1965), pp. 293 ss.; Viehweg, T./F. Rotter (Eds.). "Recht und Sprache", *ARSP*-Beiheft N. F. 9, 1977; Wolff, K. *Die gesetzessprache*, 1954.

II. INTRODUCCIÓN, DELIMITACIONES, ESTILO JURÍDICO

Después de un breve recorrido por la doctrina general del derecho dedicaremos nuestra atención ahora a la genuina filosofía del derecho. En los capítulos que siguen se trata, como ya lo anuncia en su lugar el registro de literatura, de un tema importante, actual y, en grado sumo, interdisciplinario. Del lenguaje se ocupan la sintaxis, la semiótica, la semántica, la analítica, la hermenéutica, la lingüística, la retórica, el estructuralismo, la teoría del discurso y del consenso, el constructivismo; existe una teoría del "lenguaje normal" (*ordinary language philosophy*), así como también una teoría de los "juegos del lenguaje"; se distingue el lenguaje "por su desempeño" ("performativo") (logrado-no logrado) del lenguaje "por su constata-

ción" (verdadero-falso). Otra dirección se encamina a la distinción entre actos de habla "locucionarios", "ilocucionarios" y "perlocucionarios"; por otra parte, se piensa algo distinto cuando se habla de "idioma objeto" y "metaidioma" –y así se puede continuar e ir más y más lejos–. Debido a esta dimensión del fenómeno "lenguaje", la bibliografía mencionada más arriba se podría considerar más bien escasa. Se agrupó con el criterio de contemplar en lo posible muchos aspectos, para ofrecer una ayuda óptima a aquellos lectores que experimenten el deseo de trabajar alguna vez en este campo.

Obviamente, lo que nos ocupa aquí es el *lenguaje jurídico*. Con todo, se debe observar, en primer lugar, que lo mismo que en el capítulo anterior, aquí tampoco se realizará una distinción expresa entre "derecho" y "ley" ("regla"). Con ello no se debe provocar la impresión, sin embargo, de que el derecho y la ley sean lo mismo (como lo afirma el positivismo jurídico). En el artículo 20 párrafo 3 GG, ley y derecho se mencionan de manera acumulativa. Esta cuestión se profundizará en el capítulo IX sobre el "concepto de derecho".

A continuación, sea aclarado de antemano, no se puede hablar en ningún caso *del* lenguaje jurídico. Como quiera que existen: el lenguaje del legislador, lacónico por excelencia, carece de cualquier accesorio que adorne, no dice ni una palabra que sobre, simplemente ordena, nada más. El lenguaje del juez que, en contraste con el anterior, es más rico en expresión, es más concreto que el lenguaje de la ley, no renuncia a elementos de persuasión; el juez no desea sólo ordenar, como lo hace el legislador, también desea convencer. E inclusive el abogado defensor se sirve de una clase especial de lenguaje jurídico. Su arte en el expresarse poseía ya en la antigüedad romana una alta posición de valía y, por cierto, precisamente como lenguaje hablado. Léanse tan sólo las obras maestras del lenguaje que son los discursos de Cicerón, para experimentar, en comparación, cuán pobre es, la mayoría de las veces, el lenguaje del abogado hoy en día. En tales circunstancias seguramente no estaría fuera de propósito un curso de retórica; en algunas facultades, entre tanto, ya existe. Finalmente, la forma de expresarse de los representantes de otras profesiones jurídicas: del fiscal, del jurista que actúa en la política o en la economía, del notario y, por cierto, no en último lugar, del profesor de derecho y del autor de escritos jurídicos.

El tema "derecho y lenguaje" presenta también desde otra perspectiva muchas dimensiones, las cuales en el marco que tenemos aquí a disposición es imposible revisar. Menciono algunos aspectos de dichos temas, sin pretensión de hacerlo en forma absolutamente completa: la relación entre el lenguaje del derecho y la cultura jurídica; el estilo del lenguaje jurídico; la relación entre el lenguaje jurídico del especialista y el lenguaje corriente; la diferencia entre el lenguaje de la ley y el lenguaje de la jurisprudencia, así como el discurso judicial; los problemas sintácticos, semánticos y hermenéuticos del lenguaje jurídico; la comprensión lingüística de lo normativo; la sociología del lenguaje jurídico (la relación entre lenguaje jurídico, sociedad y cultura); el lenguaje jurídico, como tema de una ciencia estructural del derecho (¿cómo funciona el lenguaje jurídico?); la posibilidad de formalizar el lenguaje jurídico (empleo del procesamiento electrónico de datos).

Nuestro *tema* se denomina, en forma clara y precisa: *¿cómo constituye derecho el lenguaje?* El derecho es un "mundo", y todo "mundo", lo sabemos desde las investigaciones lingüísticas de Wilhelm von Humboldt, es un producto del lenguaje, el mundo deviene sólo a través del lenguaje y éste no existe fuera del lenguaje; Humboldt habla de una "transformación del mundo en lenguaje"[1], con lo cual naturalmente no se permite identificar, sin más ni más, "mundo" con "realidad", aun cuando ella también se configura por medio del lenguaje[2]. Y puesto que ningún hombre tiene el mismo lenguaje que cualquier otro, nadie tiene, tampoco, el mismo mundo

---

1 W. v. Humboldt. *Gesammelte Schriften*, editado por la Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1903, T. 6, p. 28. Sobre esto profundiza F. v. Kutschera. *Sprachphilosophie*, 2ª ed., 1974, pp. 289 y ss. Sobre el tema "mundo-realidad-lenguaje" comparar, también, A. Keller. *Sprachphilosophie*, 1979, pp. 121 y ss. y W. Kamlah/P. Lorenzen. *Logische Propädeutik: Vorschule des vernünftigen Redens*, 1967, pp. 45 y ss. En conjunto, también, A. Kaufmann. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre; Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, 1982, especialmente pp. 23 y ss.

2 Sobre que "realidad" y "mundo" no sean realizados de la misma manera a través del lenguaje llama la atención, con razón, Keller. *Sprachphilosophie* (nota 1), p. 122. Comparar, también, W. Hassemer. *Tatbestand und Typus*, 1968, p. 76: el lenguaje constituye realidad, pero no en forma soberana, como lo afirma el nominalismo.

que los otros tienen. Obviamente la socialización genera desde la más tierna edad –el niño aprende realidad y lenguaje a un mismo tiempo– un alto grado de comunidad, y esto también es válido para la "cosmovisión del jurista"; de todos modos, en lo que a esto se refiere, no es nada diferente a cada "cosmovisión": ningún jurista tiene la misma "visión" del derecho que otro de sus colegas, ninguno utiliza el mismo lenguaje, más aún cuando el lenguaje de la ley es, en casi todos los casos, muy poco preciso para determinar en forma tajante el uso del lenguaje.

Pero antes que continuemos tejiendo los hilos, deben decirse por lo menos unas palabras sobre el capítulo tradicionalmente más tratado del campo temático "derecho y lenguaje", sobre el *estilo jurídico*. Acerca del lenguaje del jurista se ha hablado bastante mal, pero ha sido, también, objeto de elogios por parte de sectores no poco autorizados, precisamente con motivo de sus singularidades estilísticas.

Al alemán jurídico se le critica el ser incomprensible, oscuro y por tanto impopular[3]; también se le reprocha carencia de soltura en la expresión: "Expresa por sí mismo razón y rectitud con arte escaso" (Goethe, *Faust*). Diderot parece haber dicho: "Los juristas se expresan como si portaran siempre una golilla española"[4]. Gustav Radbruch le otorga al lenguaje jurídico, ante todo al lenguaje de la ley, un valor estético especial en razón de su laconismo, de su frialdad y sobriedad, de su renuncia a todo elemento persuasivo, de su omisión de todo elemeto didáctico[5]. De Stendhal cuenta la tradición que, mientras escribía la *Cartuja de Parma*, cada mañana leía un artículo del *Code Civil*, *pour prendre le ton*, para ponerse a tono. Ciertamente él había leído el *Code Civil*, muy elogiado por la elegancia de su lenguaje; el Código Civil alemán (*Bürgerlichesgesetzbuch*) hubiese servido difícilmente a esos propósitos. El Código Civil alemán puede reivindicar para sí, en cambio, el haber sido concebido en forma más exacta, más racional, más lógica. El ideal tendría que ser combinar racionalidad con el lenguaje corriente, quizás como en la receta de Rudolf v. Jhering: "El legislador

---

3 Comparar H. Dölle. *Vom Stil der Rechtssprache*, 1949.

4 Citado según C. Seibert, en *JZ*, 1967, p. 24.

5 G. Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947, pp. 83 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 200 y ss.

debe pensar como un filósofo, pero debe hablar como un campesino"[6]. De los autores legislativos suizos más significativos, en primer lugar de Johann Caspar Bluntschli y Eugen Huber, se dice que les fue posible una muy cercana aproximación a este ideal, especialmente en el Código de Derecho Privado del cantón de Zurich. Los ciudadanos suizos, no obstante, ven esto en general de manera diferente; pero claro, sólo porque no han comparado con otras leyes menos accesibles. Al observador alemán no le cabe duda que en Suiza la diferencia entre el lenguaje común y el idioma especializado no es tan grande como la que existe en Alemania[7].

Con estas pocas anotaciones sobre el tema "estilo del lenguaje jurídico" me doy aquí por satisfecho; en lo que sigue me dedicaré al problema que hoy ocupa el centro de la teoría del lenguaje del derecho, a saber, la demanda sobre la estructura del lenguaje jurídico. Tras esa cuestión se encuentra en la mayoría de los casos la aspiración por hacer disponible el lenguaje jurídico para el procesamiento de datos a través de máquinas. El problema que de allí resulta se plantea de la siguiente manera: ¿cuáles son las condiciones para una formalización tal del lenguaje jurídico y cuáles son las ventajas y desventajas que de ello se derivan?

No deseo trasladar este problema de la formalización del lenguaje jurídico a un primer plano y tratarlo detalladamente, sino formular los puntos más importantes, qué función tiene el lenguaje, en suma, para el derecho, lo que comprende la pregunta sobre cómo está constituido el lenguaje jurídico. Si se logra encontrar una respuesta a estos interrogantes, de allí resultarán también determinadas conclusiones en relación con la posibilidad e idoneidad de un lenguaje jurídico formalizado. Se trata, por tanto, de una *teoría jurídica como teoría lingüística del derecho.*

III. LAS FUNCIONES DEL LENGUAJE PARA EL DERECHO

Que el derecho se sirve del lenguaje es una frase banal. No es banal, por el contrario, la frase según la cual *el derecho se produce a través del lenguaje.*

---

6 Citado según F. Schönherr. "Recht und Sprache, ein altes Thema, aber aktueller denn je", en *JBI* 1982, pp. 245 y ss., especialmente 246.

7 Comparar K. S. Bader. "Rechtssprache und Rechtskultur", en *ZSchwR* 82 (1963), pp. 105 y ss., especialmente 121 y ss.

¿Qué sucede con esta oración, cómo se fundamenta? Pongamos de presente, ante todo, las funciones más importantes del idioma.

S*emánticamente* el lenguaje sirve para la *designación* de objetos y para la representación de circunstancias. *Prácticamente* considerado, el lenguaje sirve para la comunicación entre los hombres. En este último sentido podemos distinguir: la función de comunicación y de comprensión (*información*), la función social (*generación de comunidad*) y la *función operativa*, la cual permite pensar y calcular con ayuda del lenguaje; a esto pertenece también la *función retentiva* con su significado para la memoria.

Ninguna función especial, sino lo esencial del lenguaje, en su totalidad, constituye su dignidad personal: el lenguaje es la *expresión misma de la persona*, es el origen del espíritu humano y de su personalidad; sólo a partir del poder hablar comienza el hombre, en sentido propio y profundo, a ser hombre: a apropiarse de sí mismo y de su mundo, lo que no quiere decir, por supuesto, que el ser vivo sea digno de protección jurídica tan sólo a partir de este punto y no ya a partir de su potencialidad para ser persona. Precisamente por este motivo el *cogito ergo sum* de Descartes no es apropiado como punto de partida para el descubrimiento del "mundo exterior". Punto de partida para el hombre que se busca a sí mismo y al mundo –"su mundo"– es el lenguaje. "En el principio fue el verbo". El lenguaje es lo *humanum* por antonomasia.

De ahí se explica que se haya caracterizado al lenguaje precisamente como *constituyente de la realidad*. A través del medio del lenguaje se apodera el hombre del mundo y se apodera de su prójimo, a través del lenguaje ejerce poder, y cuando esto sucede en "forma que contradice a la naturaleza", con el fin de "encubrir los pensamientos" en lugar de compartirlos, cuando debe comunicar sólo una sugestión calculada de antemano, cuando a través de la regulación del lenguaje o de la censura de las noticias se "manipula la opinión", entonces el lenguaje se torna en un vulgar "proxeneta del poder"[8]. Pero, por sobre todo, el hombre a través del lenguaje se apodera también de

---

8 Eva Hesse, de la conferencia de la Akademie für Sprache und Bildung, en Saarbrücken, 1968, sobre: "'Als ob'-Deutsch, Macht und Verantwortung" (citado según el *Saarbrücker Zeitung* de mayo 6 de 1968, p. 16).

sí mismo, se construye "su mundo", y de la misma manera que ningún hombre habla y piensa el mismo lenguaje, ninguno tiene exactamente el mismo mundo que otro[9]. A través del lenguaje, dice Oksaar, el hombre se construye su concepción de la realidad que lo rodea, y cita de paso una frase muy atinada de Karl Kraus: "El mundo se filtra a través del tamiz de las palabras"[10]. En el mismo sentido se ha hablado del "mundo devenido a partir de la palabra" (*Gewortetsein der Welt*)[11].

También el derecho es un "mundo". O digámoslo así: cuando el derecho "se aplica", se realiza, sucede siempre una mediación de dos mundos: el mundo de la realidad cotidiana con sus circunstancias de vida jurídicamente relevantes y el mundo del derecho con sus normas que contienen un deber ser. A través de la realización del derecho el deber ser y el ser se ponen en contacto; sí, *derecho es la correspondencia entre deber ser y ser*[12].

Pero, ¿en qué sentido se habla aquí, en suma, de "mundo"? Más arriba se había citado ya a Wilhelm v. Humboldt, quien habla de una "conversión del mundo en lenguaje"[13]. Humboldt había introducido ya en la ciencia del lenguaje la distinción entre lenguaje como *ergon* (*obra*) y lenguaje como *energeia* (*acto*). El lenguaje es *ergon*, porque es producido por los hombres. Todo lenguaje contiene una determinada comprensión de la realidad o cosmovisión (los gauchos tienen aproximadamente 200 formas de expresar los colores de los caballos, pero sólo cuatro formas para expresar el nombre de las plantas, las plantas no cumplen casi ningún papel en su mundo). También la sintaxis del lenguaje es *ergon*. Como *energeia* el lenguaje es el medio de comunicar la realidad, la fuerza para abrirse a la realidad. El niño aprende realidad y lenguaje a un mismo tiempo. Aprende con los hechos

---

9 Así, también, A. Brunner. *Erkenntnistheorie*, 2ª ed., 1948, p. 38.

10 E. Oksaar. "Sprache als Problem und Werkzeug des Juristen", en *ARSP* 53 (1967), p. 103 (la fuente de la cita de Kraus no se da, no estoy seguro si aparece en R. Merkel. *Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus*, 1994). Comparar, también, W. Hassemer. *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 74 y ss.

11 Comparar G. Söhngen. *Analogie und Metapher*, 1962, p. 102.

12 A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982, p. 18. Sobre ello ver más en el capítulo IX.

13 Sobre esto y en lo que sigue ver nota 1.

las designaciones, comprende, por otro lado, con ayuda del lenguaje precisamente esa realidad configurada lingüísticamente.

Todo lenguaje y todo hablar contiene ya una determinada interpretación de la realidad. De la misma manera, cada interpretación concurrente debe ser abatida lingüísticamente si no puede ser de otra suerte compartida. Cuando no se introducen nuevas palabras, debe otorgársele a las viejas otro sentido. La controversia sobre palabras y sobre reglas del lenguaje es, por tanto, algo absolutamente típico en sociedades pluralistas. Si, en relación con Jordania occidental, se habla de la "región ocupada" o de "la tierra de los antepasados israelitas" se generan (¿se generarían?) entre los que allí viven, literalmente, dos mundos.

El lenguaje configura realidad, sólo quien tiene lenguaje posee mundo, sólo quien puede nombrar cosas puede otorgarles significados, puede apropiarse de ellas. Un cuerpo celeste al que hasta ahora jamás ser alguno dotado de razón le ha dado un nombre no "significa" nada, está "fuera del mundo", no "existe" para nadie. El conferir un nombre es lo genuinamente creador, lo generador de la realidad[14]. En su libro *Una feria para la ciudad de Arrás* relata el conocido escritor polaco Andrey Szczypiorski: "Lo importante no es lo que una cosa es, sino el nombre que lleve. Todo es como su nombre [...] aquello que carece de nombre no existe". Este es, naturalmente, un punto de vista muy nominalista sobre el que se puede discutir. Pero no es nuevo, ni siquiera en el terreno del derecho.

Ya David Hume había concebido al derecho en su *Treatise on human nature* (1739/40) como una forma de lenguaje. Y, con ello, tomó de referencia un punto de vista nominalista en extremo[15]. De acuerdo con su doctrina las cualidades jurídicas, como por ejemplo la propiedad, serán únicamente "asignadas", pues a ellas no les subyace nada comprensible empíricamente. El derecho sería un grupo de signos establecido con el fin de que nosotros nos podamos poner de acuerdo sobre la asignación válida de ciertas cualidades imaginarias, las cuales son consideradas por la comunidad como

---

14 Leer nuevamente la nota 2.

15 Sobre este punto y en lo que sigue R. J. Vernengo. "Recht und Sprache; Anmerkungen über die Rechtsdefinitionsproblematik", en *ARSP*-Beiheft, N. F., 4, 1965, pp. 293 y ss.

importantes. La efectividad discursiva e informativa de tal sistema de signos dependería, con ello, de en qué medida la convención que le sirve de fundamento es aceptada. Las normas jurídicas serían propuestas para la constitución de un lenguaje pragmático útil, de una técnica de comunicación para superar las divergencias y para el entendimiento entre adversarios que viven en el mismo grupo social. Hume estaba convencido que la ventaja de la existencia de un fundamento –por ejemplo, de un acto de voluntad, en consecuencia del cual soy poseedor de una cosa– representa una pura hipocresía. Esto no sólo sería algo ficticio, sino completamente irrelevante. No existiría nada que fuese algo así como una obligación, sería más bien, sólo una "manera de hablar" a la cual le imputamos convencionalmente consecuencias materiales.

La opinión de que al derecho –al acto de la correspondencia o de la imputación– no le subyace nada –con antelación– es hoy también asumida por una corriente funcionalista de la teoría del derecho (especialmente, como es conocido, por Niklas Luhmann). Con ello se controvierte la opinión adversa, la ontológica, sobre todo con el argumento según el cual, ella conduciría a una cosificación y a una petrificación, por cierto, a una "ontologización" del derecho. Esta crítica, sin embargo, concierne solamente a una *ontología substancial* y no a una *ontología de estructuras y relaciones personales* que considera al derecho como constituido colectivamente a través de estructuras y relaciones personales[16]. Y tan sólo a través de una concepción tal se evita el nominalismo extremo, sin caer en un realismo ajeno a la vida. Por esta razón estamos de acuerdo con Hume en que el derecho se constituye a través del lenguaje, pero no compartimos su afirmación de que *sólo* se constituya a través del lenguaje. En el marco del presente tema interesa solamente, en verdad, la primera afirmación y por tal razón es necesario profundizar en forma más precisa la relación entre derecho y lenguaje.

---

16 Para una mayor profundización debo remitir a otras exposiciones: A. Kaufmann. "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", en *Festschrift für Helmut Coing*, 1982, T. 1, pp. 537 y ss. Ver también, abajo, pp. 508 y ss.

IV. LA BIDIMENSIONALIDAD DEL LENGUAJE

En la filosofía del lenguaje reciente se han formado –si es posible aquí simplificar por una vez algo– esencialmente dos corrientes, representadas ambas por Wittgenstein, por el Wittgenstein del *Tractatus* y por el Wittgenstein de las *Investigaciones Filosóficas*[17]. Una corriente se esfuerza por la creación de un *lenguaje ideal*, un lenguaje artificial estrictamente formal, en el cual sólo pueden ser utilizados símbolos claros, a fin de que mediante tal "manera de hablar formal" (Carnap) se proteja a la ciencia de usos lingüísticos sin sentido y de los problemas aparentes que de allí resultan. La otra corriente, iniciada por el filósofo inglés G. E. Moore, que parte del "lenguaje normal hablado", *ordinary language philosophy*[18], tiene como finalidad reducir palabras provenientes de la esfera metafísica a su significado original y, a través de la utilización correcta del lenguaje natural, eliminar ambigüedades conceptuales (aquí se halla también fundamentada la *teoría de los actos de habla* de Austin y de Searle). Con la corriente lingüística ideal la filosofía tiene por tarea purificar al lenguaje; con la corriente lingüística normal, por el contrario, el lenguaje tiene por tarea purificar a la filosofía.

Ninguna de las dos corrientes ha podido triunfar sobre la otra. No se incurre en un error si se determina el motivo de ello en la estructura del lenguaje mismo, en lo que yo quisiera denominar como *bidimensionalidad del lenguaje*. El lenguaje vivo se mueve siempre en dos planos, como quien dice, uno horizontal o lineal y uno vertical o trascendental. En el primer plano tenemos que ver con la dimensión racional categorial del lenguaje, con el lenguaje digital; se trata de claridad lógico-formal y de exactitud, las cuales se deben alcanzar a través de la abstracción y de las reglas del lenguaje;

---

17 Detalladamente, sobre "Wittgenstein I" y "Wittgenstein II", W. Stegmüller. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, T. 1, 6ª ed., 1976, pp. 524 y ss., especialmente 562 y ss. Comparar, también, F. v. Kutschera. *Sprachphilosophie* (nota 1), pp. 31 y ss., especialmente 94 y ss. y 132 y ss.; así como U. K. Kindhäuser. *Intentionale Handlung; Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, 1980, especialmente p. 13.

18 Sobre esto, E. v. Savigny. *Die Philosophie der normalen Sprache*, 1974; J. J. Katz. *Philosophie der Sprache*, 1969, pp. 66 y ss.

bajo determinadas circunstancias, por medio de la utilización de lenguajes artificiales (*la función operativa o función significativa del lenguaje*). En el segundo plano tenemos que ver con la dimensión intencional-metafórica del lenguaje, con *lenguaje analógico.* Aquí se trata del sentido lógico trascendental del lenguaje, el cual excluye claridad y exactitud de la "lógica de la cosa" (*la función comunicativa o función simbólica del lenguaje*)[19]. El lenguaje digital es puramente reproductivo sin función innovadora; el lenguaje analógico, por el contrario, es productivo e innovador. Con el lenguaje realmente hablado se *entrelazan siempre ambas dimensiones*, no se trata de o bien éste o bien aquél, sino de un más o menos. Un lenguaje unidimensional sería, o bien sólo vertical y, por tanto, de significados tan ambivalentes que no se podría nombrar o comprender nada más, o bien sólo horizontal, y con ello de tal manera unívoco que no sería algo viviente y sólo lo podrían hablar seres que fuesen tan insensibles, tan carentes de humor y de pasión como un computador (no tengo nada contra el computador, que es un maestro del número, pero él desconoce ciertamente la palabra). El lenguaje vive y se renueva siempre a partir del lenguaje corriente, si el lenguaje técnico pierde su conexión con el lenguaje corriente entonces muere (léanse de nuevo las palabras de Goethe, arriba p. 165).

Lo dicho concierne también a la relación entre *lenguaje corriente* (lenguaje normal) y *lenguaje técnico*, con lo cual aquí sólo se debe considerar al *lenguaje técnico jurídico*, en especial el lenguaje de la ley. Con todo se debe observar que el lenguaje técnico jurídico *no es* un *lenguaje científico*, pues sintaxis y semántica no se fundamentan en reglas explícitas[20]. En el fondo

---

19 Lo aquí mencionado se toca con la hoy muy practicada diferenciación semiótica entre "extensión" e "intensión". Sobre estos conceptos ver P. Weingartner, en J. Speck (Ed.). *Handbuch wissenschaftstheoretischer Begriffe*, T. 1, 1980, pp. 217 y ss. Es interesante que K.-O. Apel, a este último respecto, hable de un "concepto hermenéutico trascendental del lenguaje": "Sprache", en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, T. 5, 1974, pp. 1401 y s.

20 Comparar Brinckmann. "Juristische Fachsprache und Umgangssprache", en *ÖVD* 1972, pp. 60 y ss. Luego, también, H. Rodingen. "Rechtstheorie als Kritik des juristischen Sprachgebrauchs", en *ARSP*-Beiheft, N. F. 9 (1977), pp. 51 y ss.; A. Podlech. "Die juristische Fachsprache und die Umgangssprache", en H. J. Koch (Ed.). *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, pp. 31 y ss.; Petöfi/Podlech/E. v.

no es ni siquiera un lenguaje técnico sino, más bien, un lenguaje corporativo de los juristas, pues aquí los técnicos se ponen de acuerdo sobre un determinado uso del lenguaje, Rudolf Wassermann lo llama un "lenguaje corriente técnico"[21]. Sin olvidar lo anterior, en lo que sigue se puede hablar en efecto de un lenguaje técnico jurídico. Y aquí es válido ahora lo mencionado arriba, según lo cual tanto el lenguaje corriente como también el lenguaje técnico jurídico son bidimensionales, aun cuando con diferentes ponderaciones. El uno es comparativamente evidente. El otro es comparativamente abstracto. Con el primero la configuración gráfica está en primer plano; con el otro, el concepto delineado; el uno es más rico en contenido y tiene por tanto, el mayor valor informativo; el otro es más riguroso en la forma y tiene por tanto mayor valor operativo. Ambos deben, sin embargo, moverse sucesivamente, no deben desmoronar sin relación el mundo cotidiano de las circunstancias de la vida y el mundo normativo del derecho. Y como ambos mundos son construcción del lenguaje, cuando se deba dar una posibilidad de subsunción jurídica de circunstancias dicha subsunción tiene que poder ocurrir, en primer lugar, en el plano lingüístico. Se plantea en consecuencia la pregunta sobre cuáles son las funciones específicas del lenguaje cotidiano y del lenguaje legislativo y cómo ambos pueden ser conducidos a relacionarse mutuamente en un proceso judicial concreto, de tal manera que sea posible una aplicación del derecho, es decir, la comprobación de la "correspondencia" entre supuesto de hecho y norma[22].

V. LENGUAJE CORRIENTE, SOCIALIZACIÓN Y LENGUAJE TÉCNICO

Dentro de las distintas funciones del lenguaje son de consideración en lo que se refiere al tema que nos ocupa, por cuanto se trata en primer término

---

Savigny (Eds.). *Fachsprache; Umgangssprache: Wissenschaftstheoretische und linguistische Aspekte der Problematik, sprachliche Aspekte der Jurisprudenz und der Theologie*, texto mimeografiado, 1975.

21 R. Wassermann. "Sprachliche Probleme in der Praxis von Rechtspolitik und Rechtsverwirklichung", en *ZRP*, 1981, pp. 257 y ss.

22 Ver nota 12.

del lenguaje corriente, ante todo, la *función comunicativa y la función comprensiva*, así como la *función social* estrechamente relacionada con las anteriores. Las comunidades humanas se componen preponderantemente de un entramado de relaciones comunicativas; ellas son comunidades a través del lenguaje. Por otro lado, el lenguaje depende también de la existencia de comunidades, pues el hombre adquiere el lenguaje de la comunidad, éste le es proporcionado por el medio que lo rodea. La pregunta acerca de qué fue primero, si el hombre o el lenguaje, es superflua: ambos sólo pueden existir a un mismo tiempo. De Wilhelm v. Humboldt proviene una muy citada frase: "El hombre es sólo hombre a través del lenguaje, pero para descubrir el lenguaje tenía que ser ya hombre"[23].

Así se aclara también cómo es que existe un entendimiento entre personas. Ningún hombre, ya lo habíamos señalado, habla y piensa en si exactamente el mismo lenguaje que cualquier otro; dos personas no relacionan con la misma palabra exactamente el mismo significado y nadie tiene exactamente el mismo mundo que cualquier otro. Por tanto, tomado al pie de la letra, sólo el hablante mismo sabe lo que quieren decir sus palabras. Que a pesar de todo sea posible un entendimiento a través del lenguaje se debe, en gran parte, a su *procedencia social.* El lenguaje se forma en el terreno interpersonal; ya desde un comienzo aprende el niño con el uso de las palabras a relacionar justamente dichas representaciones como lo hacen sus padres, amigos, maestros, etc., con lo cual este proceso se produce posteriormente cada vez más en dirección contraria. De esta manera surge una *experiencia común* sobre los contenidos pensados en la utilización de palabras, las palabras reciben un "significado promedio", los puntos de vista se tornan intercambiables[24]. Sólo a causa de esa *intersubjetividad* del lenguaje y de la *reciprocidad de perspectivas*, como dicen los sociólogos, existe un mundo común entre los hombres, cuyos contornos sin embargo, permanecen

---

23 W. v. Humboldt. *Gesammelte Schriften* (nota 1), T. 4, p. 14. Sobre esto comparar, también, H. Neumann-Duesberg. *Die Sprache im Recht*, 1949, pp. 31 y ss.

24 Comparar Volker Hassemer. *Delictum sui generis*, 1974, pp. 36 y ss.: "Sprache als Mittel der Intersubjektivierung". En sentido semejante, E. Rothacker. *Philosophische Anthropologie*, 1964, p. 67: sin la denominación de algo parecido ni poseeríamos un mundo en común, ni se organizaría para nosotros el mundo en el sentido que nos es "obvio".

siempre hasta un determinado grado borrosos a causa de la vaguedad del lenguaje corriente[25].

Con el lenguaje el hombre no sólo adquiere, sin embargo, la capacidad de comunicarse con otros; a través del lenguaje aprende también las *reglas* que determinan la coexistencia en la comunidad, obtiene una práctica de vida social (en el reino de los animales existe por cierto también un comportamiento normado; aquí, claro está, no se produce la normación a través de un lenguaje verbal, argumentativo). También la socialización se deriva del lenguaje[26]. El adolescente no encuentra la esfera de lo normativo en la forma de normas abstractas, bajo las cuales se tuviese que subsumir, sino en forma de *modelos de conducta* concretos, los cuales se le manifiestan en la comunicación cotidiana, en la confrontación con el mundo de los otros a través de la tradición de formas de vida[27]. Dichos modelos de conducta o paradigmas –con algún cuidado se puede hablar aquí también de estereotipos[28]– no son magnitudes estáticas y cerradas, con contenidos definibles en abstracto, sino construcciones de lenguaje de diferente valor cuyo contenido normativo lo obtienen de la situación y se transforman, por tanto, en el uso correspondiente de la *respectiva situación.* No pueden consolidarse con independencia de su uso, ellas sólo tienen su significado característico en un contexto de situación y en el "juego del lenguaje". "El significado de una palabra equivale a su uso en el lenguaje", así dice una famosa máxima de Wittgenstein[29]. Esta equivocidad del lenguaje (corriente) no es superable. Muchas

---

25 Sobre esto ver A. Schaff. *Essays über die Philosophie der Sprache*, 1968, pp. 65 y ss.

26 Comparar U. Schroth. "Zum Problem der Wertneutralität richterlicher Tatbestandsfestlegung im Strafrecht; Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen juristischen Hermeneutik", en A. Kaufmann (Ed.). *Rechtstheorie*, 1971, pp. 103 y ss.

27 Karl Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, p. 199, habla de "palabras claves", a través de las cuales se constituye una determinada esfera de sentido.

28 Sobre estereotipos ver Schaff. *Essays* (nota 25), pp. 105 y ss. El llama estereotipo a "un específico reflejo de la realidad" mezclado con un "factor subjetivo en forma de elementos emocionales, valorativos, acordes con la voluntad". Comparar también W. Hassemer. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, pp. 126 y ss., así como U. Schroth, citado en la nota 26.

29 L. Wittgenstein. *Philosophische Untersuchungen*, Nº43; sobre esto comparar también Kindhäuser. *Intentionale Handlung* (nota 17), pp. 32 y ss.

veces se ha intentado, por cierto, desarrollar, en la medida de lo posible, un lenguaje artificial claro. Pero en forma paradójica, precisamente a causa de su claridad, este no es apropiado ni para la comunicación ni para la descripción de la vida, pues ésta pone en juego diversas personas y diferentes experiencias. Por tal razón, la equivocidad del lenguaje (corriente) no se puede considerar de ninguna manera como mera desventaja. Sin duda, la falta de exactitud oculta en sí el peligro de disimular la cosa e incluso falsearla, pero el precio de la univocidad y de la exactitud significaría la petrificación del lenguaje y su reducción a un número relativamente pequeño de signos. La equivocidad del lenguaje (corriente) garantiza su flexibilidad y su dinámica, su riqueza de matices, en pocas palabras: su vitalidad y su historicidad.

Así mismo, la variabilidad de los modelos de conducta tampoco significa una desventaja. Con el acontecer de una determinada situación se tornan conscientes sin que sea necesario un proceso de pensamiento especial como la subsunción o el silogismo. Al asesino que le da muerte a su víctima le es inmediatamente claro el estereotipo "homicidio", aun cuando desconozca por completo la definición jurídica de homicidio, pues el homicidio, precisamente, no está definido en el lenguaje ordinario. De ello se deriva, así mismo, que uno tampoco puede desprenderse, a discreción, de estos modelos de comportamiento adquiridos en numerosos procesos de socialización; se es consciente de ellos, como quien dice, automáticamente, a raíz de la aparición de las correspondientes circunstancias concretas. Sólo un ser como el Emilio de Rousseau, quien luego de haber crecido en soledad de repente se encuentra entre los hombres y, en tales circunstancias, por causa de una herida insignificante mata al agresor, podría alegar que las reglas de la vida social le eran desconocidas.

Como se señaló, las reglas de la vida social en comunidad no se le transmiten al ciudadano a través de las leyes, él las aprende, más bien, en la comunicación cotidiana y en la comunicación activa entre personas (en la "interacción", como dicen algunos sociólogos al usar una expresión poco afortunada). Sus representaciones sobre lo que es jurídico o antijurídico tampoco se mueven, por tanto, dentro de las categorías del lenguaje legal, sino que están condicionadas por el lenguaje corriente. Y por ello tampoco la conciencia de lo antijurídico, así como la tiene el autor en el momento del

crimen, está impregnada de una representación específicamente *jurídica*, sino que está impregnada por el saber sobre el significado *social* del hecho. Es –*nota bene*: en el plano de la conciencia del autor del crimen– la conciencia del daño social[30]. Igualmente, quien actúa también comprende el contenido de significación social de su actuación, sin excepción, sólo de manera poco clara y en un lacónico lenguaje corriente como, por ejemplo, en el caso Bierdeckel[31], en el que el huésped de una hostería, al borrar algunas de las marcas que ha hecho la tendera en el portavasos con el fin de calcular posteriormente la cuenta, sin duda no piensa en un delito de falsedad de documento sino que se le antoja, tal vez, algo así como "manipulación", "trampa", "burla". La pregunta ahora es: ¿cómo obtiene la conciencia lega una relevancia jurídica?

Recientemente algunos autores consideran como una posible solución que al lego no se le exija expresamente un "pensamiento de lenguaje", sino que sea suficiente una conciencia "mental fáctica" que, por decirlo de alguna manera, se activa automáticamente[32]. Sobre esto hay que agregar que la suposición según la cual la forma como se configura la conciencia sería posible aún sin lenguaje es difícil de compartir, a ella le subyace claramente un concepto muy estrecho de lenguaje. Conciencia es siempre conciencia de lenguaje, para lo cual no tenemos nombres ni palabras, pues no se registra en nuestra conciencia. Ya Wilhelm v. Humboldt había hecho referencia a la "inseparabilidad" de la conciencia y del lenguaje humanos"[33]. Quien duda de que es posible hacer consciente un pensamiento sin lenguaje, siéntase exhortado por Ludwig Wittgenstein a poner en práctica, por una vez, el punto de vista contrario: "Pronuncia una frase y piénsala; ¡pronúnciala con

---

30 Más detalles sobre esto en A. Kaufmann. *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949 (reimpr. 1985), *passim*.

31 RG, en *Deutsche Strafrechtszeitung*, 1916, p. 77.

32 Así, especialmente, E. Schmidhäuser. "Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins", en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, pp. 317 y ss. Otros ejemplos en A. Kaufmann. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre; Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, 1982, p. 15, especialmente 30.

33 W. v. Humboldt. *Schriften* (nota 1), p. 16.

inteligencia! Y ahora no la pronuncies, y ¡haz aquello con lo que la acompañaste inteligentemente!”[34]. Como lo muestra el sencillo experimento, palabra y pensamiento, palabra y significado no se pueden separar. El significado no es algo adicional a la palabra pensada, sino algo en la palabra misma y, por tanto, sólo se puede constituir en el lenguaje[35]. De esto no se exceptúa la forma en que el delincuente se hace consciente del significado de su actuación; tampoco sucede de manera diferente a lo que pasa con los instrumentos del lenguaje, pero de un lenguaje que, a diferencia del lenguaje hablado o escrito, no se compone de frases bien ordenadas sintácticamente, sino de una “forma abreviada en la cual los fonemas lingüísticos no se articulan”[36].

El problema de la imputación se plantea, como ya se dijo, así: ¿cómo obtiene esa conciencia lega relevancia jurídica? Con respecto a esto, debe decirse, primero, algo más sobre la función de la ley y, en especial, del *lenguaje legal*[37]. Ya más arriba se señaló que en el lenguaje técnico jurídico se destaca el *valor operativo*, tras el cual el valor informativo retrocede. Esta opinión no deja de ser cuestionada. Así piensa el *Tribunal Federal* que los preceptos penales deben ser concebidos de tal forma que “todo el mundo pueda predecir cuál es la actuación que está amenazada con el castigo y de esta forma poder ajustar correspondientemente su conducta”, con lo cual, para fundamentar tal opinión, apela expresamente al mandato de determinación garantizado en la Constitución, el principio *nulla poena sine lege*[38]. De acuerdo con esta concepción, la ley debe entonces servir en primer lugar a la información del ciudadano.

---

34 Wittgenstein. *Untersuchungen* (nota 29), Nº 332.

35 En forma bastante atinada Sapir indica en *Die Sprache*, 2ª ed., 1972, pp. 23 y ss. que “aquellos que creen que pueden pensar sin palabras son víctimas de un engaño”. Comparar también Wittgenstein. *Untersuchungen* (nota 29), Nº 329: “El lenguaje es el vehículo del pensamiento”.

36 Sapir. *Sprache* (nota 35), p. 26. Esta capacidad de nuestro pensamiento para el apócope lingüístico la desconoce Schmidhäuser (nota 32) cuando opina que con la actualización instantánea de una situación que ocurre pensamos totalmente sin lenguaje.

37 Sobre el lenguaje legal ver P. Noll. *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 244 y ss.; también W. Hassemer. *Tatbestand* (nota 10), pp. 66 y ss.

38 *BGHSt* 23, pp. 167 y ss., especialmente 171, con referencia a *BVerfGE*, pp. 25, 269,

Esto no se puede compartir. En la medida en que llega siquiera una información a quien se encuentra sometido a un orden jurídico, esto sucede tan sólo en forma mediata y, en efecto, principalmente a través de la puesta en conocimiento de procesos, particularmente, de procesos penales sobre los cuales se informa en los medios. Por lo demás, en la consideración sin prejuicios de la realidad no se puede hablar de que la ley estaría dirigida al ciudadano; si esto fuese así, entonces debería estar concebida de una manera distinta, más concreta, pero por sobre todo, más popular; debería esforzarse por una expresión más corriente; no sólo le estaría permitido ordenar, haciendo uso de una forma de expresión más condensada, sino que debería también explicar y enseñar. Así se lo había imaginado también en reiteradas ocasiones, por ejemplo, Eugen Huber, quien exigió que las leyes deberían ser comprendidas igualmente por personas sin formación jurídica; o María Teresa, quien ordenó para Hungría que a la institución encargada de expedir la legislación tenían que incorporar un "hombre ignorante": si él no comprendía el proyecto, entonces este debía redactarse de nuevo[39].

Pero la realidad es completamente distinta. La publicación en el diario oficial no sirve ya para hacer conocer la ley, sino para la fijación de su auténtico tenor literal.

La ley, sin embargo, no está allí tan sólo para los juristas, sus disposiciones no son simples normas de decisión, como lo supuso Max-Ernst Mayer[40]. El gran logro de la época del Estado de derecho liberal desde los días del genial Paul Johann Anselm v. Feuerbach[41] es la idea de que la función de la ley no se encuentra tan sólo en la fundamentación, sino, por sobre todo, en la *limitación del poder del Estado*, en especial del poder de castigar, en la garantía para los ciudadanos de ser llamados a responder

---

286 y ss. y BVerfG, *NJW*, 1969, p. 1759. Sobre esto ver recientemente G. Grünwald. "Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 433 y ss.

39 Sobre esto ver F. Schönherr. *Recht und Sprache* (nota 6).

40 M. E. Mayer. *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903 (reimpr. 1965).

41 Sobre él G. Radbruch. *Paul Johann Anselm Feuerbach*: *Ein Juristenleben*, 3ª ed., 1969 = GRGA, T. 6, 1997. Ver, también, G. Haney. "Paul Johann Anselm Feuerbach: Prägung und Wirkung", en H. Mohnhaupt (Ed.). *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten* (1988-1990), 1991, pp. 73 y ss.

sólo dentro de las fronteras de la ley. En esta *función de garantía* se encuentra el sentido del principio *nulla poena sine lege*. Y sólo a partir de allí se explica el lenguaje peculiar de la ley. No se trata, por lo menos no de manera primaria, de una información de contenido sino de la garantía de seguridad jurídica y con ello de una forma que pone límites. En la formulación de los supuestos de hecho el legislador debe en consecuencia esforzarse por la mayor exactitud posible, así sea al costo de la claridad y de la popularidad. El ideal sería, de acuerdo con lo aquí expuesto, el lenguaje unívoco en donde no hay nada que "aclarar".

Sobre un lenguaje digital, unívoco, unidimensional trata el racionalismo desde Leibniz hasta el día de hoy. Tal aspiración del racionalismo proviene de una muy particular imagen ideológica del hombre, del mundo y de la ciencia: el hombre es un *ens rationale*, el conocimiento humano, por tanto, una actividad racional y el fin último de todo conocimiento es llevar al mundo en su totalidad a un sistema cerrado de afirmaciones unívocas, siempre verdaderas, adecuadas a su representación. Para ello se hace necesario un lenguaje que evite la imprecisión y la ambigüedad, lo metafórico del lenguaje corriente, esto es, un lenguaje formal "depurado" lógicamente, un lenguaje científico.

Como es bien conocido, un lenguaje calculado de tal manera con el cual se pueden hacer cuentas matemáticas cumple en el mundo moderno un papel cada vez mayor, piénsese tan sólo en el procesamiento electrónico de datos y en la cibernética. De esto no se exceptúan de manera alguna ni lo jurídico ni la ciencia del derecho, aun cuando también en el campo deóntico las posibilidades de trabajar con instrumentos de la lógica formal son más modestas que en el campo óntico.

Aquí nos ocupa, sin embargo, una pregunta diferente, es decir, si en la ciencia y por consiguiente en la jurisprudencia científica (si le es permitido reivindicar para sí ese nombre) *sólo* es permitido ese lenguaje artificial construido racionalmente, *sólo* la "manera formal de expresarse" exigida por Carnap (en contraposición a la manera común de expresarse de contenido corriente)[42]. O para formularlo de manera más aguda: ¿en la ciencia tan sólo está permitido hacer cuentas, no está permitido, entonces, hablar?

---

42 Ver sobre esto K. R. Popper. *Logik der Forschung*, 9ª ed., 1989, pp. 60 y ss., *passim*.

El plan de hacer de la lógica científica algo independiente del lenguaje hablado, así como simbolizar en forma algebraica los conceptos y las relaciones de los conceptos entre sí, se remonta a Leibniz. El es un hijo mimado del racionalismo y obsesiona aun hoy –a pesar del criticismo, del romanticismo, del historicismo, del espiritualismo, de la filosofía de la vida, de la filosofía existencial– a varias cabezas, significativamente hoy más a los representantes de las disciplinas de las ciencias del espíritu que a los científicos naturales. La ciencia moderna de la naturaleza ha descubierto desde hace tiempo que existen amplios campos de la realidad que no pueden ser investigados y descritos en forma matemáticamente exacta, ella no busca ya más la exactitud y la congruencia hasta las últimas consecuencias y, dependiendo de las circunstancias, permite considerar como "correctas" también diferentes representaciones de un fenómeno (por ejemplo del electrón), porque se han comportado frecuentemente de tal forma, que la "verdad" sólo se impone en la correspondencia de las relaciones mutuas de las afirmaciones complementarias. En las ciencias del espíritu, por el contrario, especialmente en la jurisprudencia, florece aun hoy el racionalismo como en los tiempos de Leibniz; predomina la concepción según la cual el mundo, en todo caso el mundo de la ciencia, crece dividido por la razón sin reserva. La racionalidad del conocer y del afirmar vale para muchos como *el* criterio de la cientificidad por antonomasia. En forma correspondiente, también la ley jurídica se comprende como un constructo racional, que sólo puede ser interpretado de manera racional.

VI. ¿EL COMPUTADOR COMO JUEZ?

Como mostró Winfried Hassemer, una formalización del lenguaje legal y de la interpretación legal es sólo posible en la medida en que la norma legal, tanto en el aspecto sintático, como en el semántico, se traduzca en un lenguaje de signos simbólicos. Esto presupone, una vez más, que el legislador conozca la suma de las decisiones "correctas" de casos y las fije a través de las correspondientes reglas de lenguaje[43]. Con ello quedaría libre el camino hacia la "jurisprudencia" por computador. Sólo que lo que resultaría de

43 Comparar W. Hassemer. *Tatbestand* (nota 10), pp. 84 y ss., especialmente 96 y ss.

ello sería, seguramente, un "derecho" diferente al que surge de la jurisprudencia sentada por los jueces: un "derecho" en el que el principio de igualdad se manipulará en forma completamente mecánica[44], que no considera de ninguna manera la situación histórica concreta, ni la individualidad; una caricatura de la justicia ciega, la cual dictamina "sin tener en cuenta a la persona"; un derecho impersonal y sin historia.

Ciertamente que una forma tal de reglamentación de las relaciones humanas en ciertos campos, en donde se "resuelve" aún hoy sin computador de manera totalmente rutinaria, tiene un gran sentido. Sólo que con ello no se permite hablar de "derecho" y de "jurisprudencia" en su sentido eminente y exigente. Así como el derecho –en contraposición a una muy extendida opinión– no se mueve de ninguna manera totalmente en un plano racional, el hombre, en efecto, no es tampoco un ser puramente racional y por consiguiente no procede juzgar su conducta en forma exclusivamente racional. Con ello no se aboga por una "irracionalidad" más allá de toda razón. Por el contrario, se puede pretender perfeccionar la racionalidad técnica al máximo pero siempre permanecerá un residuo y ese residuo es *espíritu*. Haciendo honra de la lógica formal, ¡no puede convertirse en traicionera del logos! En este sentido se debe recordar la vieja distinción –Aristóteles, la Escolástica, Kant, Hegel– según la cual διάνοια, *ratio*, entendimiento, se refiere a la actividad intelectual, racional, analítica y que descompone, *a la facultad de los conceptos* (Kant), al pensamiento que abstrae, que fija y separa (Hegel); mientras que νοῦζ, *intellectus*, razón, caracteriza a *la más alta forma de ejecución del espíritu humano que otorga coherencia y unidad al saber*, *a la facultad de las ideas* (Kant), *a la comprensión dialéctica de la totalidad* (Hegel). Lo que no es racional en sentido estricto, no es por ello de ninguna manera *eo ipso* irracional.

---

44 Como habrá de mostrarse en el capítulo X, la igualdad nunca es dada en forma real, sino es siempre una abstracción de la desigualdad, nunca dada tampoco en forma real. En la realidad siempre existe una mayor o menor similitud o diferencia. El prescindir de ello, es decir de la "equiparación" o la "no equiparación" de lo similar o de lo no similar, significa siempre una *decisión* y con ello el ejercicio de *poder*, que no puede naturalmente manejarse en forma arbitraria, sino que debe fundamentarse argumentativamente (a través de las reglas de la analogía).

Ahora, forma, abstracción, generalización, conceptualización son totalmente imprescindibles para la configuración del derecho, pues de lo contrario no podría existir el tratamiento igual y por tanto no existiría la justicia. Pero si en el proceso de creación de derecho no se le diera admisión también a las peculiaridades y particularidades de las relaciones de vida en cambio permanente, entonces la "justicia" obtenida en forma puramente deductiva, a partir de las normas legales, sería un mecanismo rígido de "el eterno retorno de lo mismo", una "justicia" autómata o de computador, una "justicia" inhumana. Cómo puede ser integrado este *humanum justum* ("la equidad") en el derecho, en forma correcta, es un viejo problema para el cual nunca se ha dado, en efecto, una respuesta definitiva. No obstante algo parece seguro: esto sólo puede suceder a través de los hombres.

De todos modos es interesante que las personas dedicadas a la informática jurídica ahora se dispongan, con ayuda de la *fuzzy logic*, a hacer posible el manejo en computador de los conceptos jurídicos indeterminados e inclusive de la analogía (bajo la aplicación de redes neuronales). Este desarrollo será observado con cuidadosa curiosidad. Seguramente sería errado tildar con ligereza este intento como inútil. En todo caso, sea cual fuere la forma como este desarrollo tenga lugar, una analogía "calculada" no va a ser más una analogía en el sentido tradicional[45].

Después de todo: *¿Se puede, se debe formalizar el lenguaje jurídico?* En algunos campos y para determinados fines se puede y se debería hacer, por ejemplo, en el registro inmobiliario y orden moratorio, también en el ámbito de las contravenciones, pues aquí el hombre como persona moral no es tocado de manera especial. Se hace referencia esencialmente a un trato formal igualitario (*todo* el que estacione en la vía peatonal debe pagar una multa de 30 marcos, en efecto, totalmente sin "consideración de la persona"). Por tal razón no se puede objetar nada en contra de la aplicación del computador en este campo. En el ámbito del derecho penal propiamente dicho y en otros muchos terrenos más (por ejemplo en derecho de familia) la formalización conduciría, como ya se dijo, a un afán de nivelación para la exclusión de la justicia del caso concreto. Aun cuando en el computador se puede introducir una configuración múltiple de casos, él nunca podrá hacer

---

45 Ver sobre esto arriba, p. 82.

justicia al individuo como persona. Se llegaría en general a un inaceptable rechazo de lo humano en el derecho y en la jurisprudencia, porque el lenguaje sería recortado en su dimensión vertical. Decidir aquí maquinalmente sería tanto como si un juez condenara a un acusado al que jamás hubiese visto ni oído, sin haber tomado contacto con él (según el StPO un acusado ausente no puede ser condenado). Es claro que aún en el ámbito anteriormente mencionado el derecho no puede exclusivamente individualizar; sin dejar de considerar el caso concreto, el derecho debe siempre conservar su carácter de deber ser y guardar con ello una mínima medida de generalidad y normatividad, de lo contrario decidiría la arbitrariedad (con lo cual no se descarta que la arbitrariedad –casualmente– decida alguna vez también en forma más justa que el derecho). La distinción entre un ámbito apropiado para la formalización y un ámbito que no lo sea no es, por tanto, en esencia una cuestión cuantitativa, sino cualitativa, en la cual no existen fronteras definidas en forma tajante.

El computador pasa por alto la dimensión personal e histórica del derecho, su lenguaje no vive (una vez más: en determinados campos puede aceptarse, pues en ellos tienen más peso las ventajas de la automatización). Bien de acuerdo con su intensión, el lenguaje de la ley es conceptualmente abstracto, exacto, unívoco, es unidimensional, se mueve tan sólo sobre el plano categorial racional. Pero un lenguaje legal unívoco en sentido estricto sólo se alcanzaría con el más alto grado de abstracción y este condicionaría la exclusión de toda relación de realidad[46]. Una ley tal no requeriría de ninguna interpretación, precisamente porque en ella no hay nada que interpretar. Se podría manipular a discreción y no sería, por tanto, ninguna garantía para la seguridad jurídica. Quien considera la seguridad jurídica como un asunto serio tiene que confrontarse con la contradicción entre lenguaje y cálculo y esta contradicción consiste en que, en efecto, el lenguaje encierra su cálculo; el cálculo lógico, entre tanto, excluye al lenguaje. El lenguaje aplicado a la realidad –y así también el lenguaje legal– no apunta a la univocidad. En su bidimensionalidad se manifiesta su inmanente *historicidad*; la dialéctica de metaforicidad y conceptualización del lenguaje

---

46 Comparar W. Hassemer. *Tatbestand* (nota 10), pp. 84 y ss., especialmente 96 y ss.

significa lo que de manera más general conforma la historicidad del hombre: dialéctica de la autorrealización y de la autoenajenación[47].

Si a partir de la norma jurídica formal debe devenir realidad concreta, entonces los conceptos abstractos de la norma deben *abrirse* hacia las circunstancias de hecho de la vida. Esto sucede en la decisión jurídica concreta, en la sentencia jurídica. Con la sentencia el derecho obtiene forma, aumenta su dimensión lingüística vertical, trascendental, gráfica; a partir de los conceptos de clase que establecen fronteras se obtienen conceptos de orden que comprenden conceptos globales de sentido (conceptos de función, tipos; sobre esto se profundizará a continuación). Estos conceptos concretizados en la sentencia jurídica ya no son más unidimensionales, unívocos –*en ninguna sentencia sobre la realidad aparece el concepto unívoco*[48]–; y a ellos les debe estar permitido no serlo: de otra manera no podrían cumplir su función de equilibrar las tensiones dentro de la idea de derecho, igualdad, seguridad jurídica y equidad.

Así el lenguaje crea el derecho de doble manera: a través del acto de la fijación normativa y a través del acto de la decisión jurídica. La norma requiere siempre en forma reiterada de la decisión, para poder producir efectos como norma; por otra parte, la decisión requiere de la norma o de un principio para poder aspirar a tener validez[49]. Fuerza de la ley y fuerza de derecho están necesariamente relacionadas entre sí. No es que la fuerza de derecho valga más que la fuerza de ley, como opinaba Oskar Bülow[50]; no existe ninguna fuerza de ley sin fuerza de derecho, así como, por otra parte, sin fuerza de ley (sin una norma efectiva) tampoco podría existir fuerza de derecho. Esto no constituye ninguna contradicción al principio de la división de poderes, más bien, precisamente, su verdadero significado.

---

47 Ver más puntualmente A. Kaufmann. "Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretischmethodologischem Aspekt", en S. Panou/G. Bozonis/D. Georgas/P. Trappe (Eds.). *Philosophy of Law in the History of Human Thought*, *ARSP*-Supplementum II (1988), pp. 114 y ss.; también, en la obra del mismo autor, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 201 y ss.

48 Así, en forma atinada H. Krings. *Wie ist Analogie möglich? In Gott in Welt*; Festgabe für Karl Rahner, T. 2, 1964, pp. 97 y ss., especialmente 105.

49 Comparar K. Larenz. *Methodenlehre* (nota 27), pp. 280 y ss.

50 O. Bülow. *Gesetz und Richteramt*, 1885 (reimpr. 1972), p. 7.

No es posible, entonces, alcanzar el "ideal" del lenguaje legal unívoco. No debe ser tampoco la aspiración, pues también el lenguaje legal debe ser un lenguaje viviente, esto es, bidimensional; de lo contrario no podría tenderse el puente hacia el lenguaje corriente, hacia el lenguaje del ciudadano. Como todo lenguaje técnico tampoco el lenguaje de la ley debe alejarse a discreción del lenguaje corriente[51]. El es, por ende, sólo comparativamente abstracto y preciso y esto en diferente grado; según el tipo de materia a regular (el hurto puede ser determinado en forma más exacta que, por ejemplo, el delito de contaminación del aire).

VII. EL CARÁCTER ANALÓGICO DEL LENGUAJE JURÍDICO

Arriba se mencionó que desde su función operativa (seguridad jurídica) el lenguaje legal debería ser en lo posible exacto, unívoco. Literalmente se explicó: de acuerdo con su intención, el lenguaje de la ley es conceptualmente abstracto, exacto, unívoco, es unidimensional, se mueve tan sólo en un plano categorial racional. También se dijo que a partir de la norma legal abstracta sólo puede devenir realidad en la medida en que el concepto abstracto de la norma se abra hacia las circunstancias de hecho de la vida. Y una vez más literalmente: en ninguna sentencia sobre la realidad aparece el concepto unívoco. Por lo visto aquí se habla de dos clases de conceptos. El *concepto abstracto general* (*el concepto de clase*, concepto en sentido estricto) abarca una esencia a través de un número fijo de rasgos cerrados y unívocos, que se presentan o no se presentan: o bien se tienen 18 años, o bien no se tienen. Tales conceptos abstractos generales cumplen en forma óptima con el mandato de determinación de la Constitución. De todos modos sólo los conceptos numéricos son en este estricto sentido unívocos. En todos los otros casos, los conceptos de la ley deben adoptar para su aplicación otra forma distinta a su abstracta generalidad; a partir de los conceptos de clase deben devenir *conceptos de orden*, *conceptos de función*, *conceptos de tipo*, que no "definen" (y no delimitan) la esencia de un fenómeno sino que la "descri-

51 Comparar K. Larenz. *Methodenlehre* (nota 27), p. 320: el legislador se sirve del lenguaje general para poder ser comprendido por el ciudadano, y también allí donde utiliza un lenguaje artificial no puede renunciar a una mínima medida de comprensión general.

ben" más gráficamente (pero no en forma completamente concreta, sino siempre en un determinado nivel de abstracción) y que, por tanto, no conocen una disyunción de los conceptos abstractos generales, sino el más o menos: la clara sustracción de una cosa se debe "subsumir" directamente bajo el tipo de hurto, así como la tenencia sin el pago previo de una mercancía que el vendedor le ha puesto en las manos al autor del hecho para que la conozca. Y si el ácido clorhídrico se puede caracterizar como "arma" no es, entonces, porque se subsuma bajo el concepto abstracto general de arma, sino por que la utilización del ácido clorhídrico en la forma descrita "corresponde" al tipo de hurto agravado. Aquí se muestra claramente lo que significa la manera de expresarse de un "concepto medular" y de un "concepto que cubre", así como el estereotipo del *posible sentido de la palabra*. Se trata de *pensamiento tipológico* y, por tanto, *analógico* que se encuentra muy, pero muy lejos de la simple idea de subsunción[52].

En el capítulo VI sobre el método jurídico se habló de las "dos facetas" del proceso metódico de la creación de derecho: la acomodación de las circunstancias de hecho propias de la vida a la norma, y, por otra parte, la acomodación de la norma a las circunstancias de hecho de la vida. Esto, sin embargo, no puede entenderse ahora de tal manera como si con ello se tratase de dos actos separados, la inducción y la deducción, una tras de la otra; es más bien una *simultaneidad*. Es un *abrirse* de las circunstancias de hecho hacia la norma y de la norma hacia las circunstancias de hecho que marcha hacia adelante sin interrupción, y, precisamente en este "abrirse", radica la *extensio* propia de la analogía. Lo que en la jurisprudencia se llama tradicionalmente analogía se distingue de la creación normal de derecho y,

---

52 Sobre el pensamiento tipológico ver en relación con esto y en lo que sigue A. Kaufmann. *Analogie* (nota 12), especialmente pp. 44 y ss.; K. Larenz. *Methodenlehre* (nota 27), pp. 437 y ss., especialmente 460 y ss.; K. Engisch. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968, especialmente pp. 237 y ss.; W. Hassemer. *Tatbestand* (nota 10), *passim*. Y más temprano: G. Radbruch. "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* (*Revue Internationale de la Théorie du Droit*), 12 (1938), pp. 46 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 60 y ss. Así como H. Aoi. "Das Problem des Typus und die moderne Erkenntnistheorie", en *ARSP*-Beiheft 25, 1985, pp. 135 y ss.

ante todo, de la llamada “interpretación teleológica”, sólo en razón del grado de *extensio* pero no en razón de la estructura lógica del proceso. También la subsunción “corriente” es una analogía. Sólo se podría, entonces, separar lógicamente subsunción de analogía si existiese una frontera lógica entre igualdad y similitud. Pero no existe esa frontera, pues la igualdad material es siempre sólo similitud, e igualdad formal no se presenta en la realidad, ella “existe” sólo en el campo de los números y los signos matemáticos (lógico formales). Ante esta situación fracasa toda “prohibición de analogía”, así se pretenda, en razón de que no puede ser fundamentada objetivamente, también conjurarla de manera enfática. O puesto así: el problema de la prohibición de la analogía es un problema *dentro* de lo analógico.

El hecho de que toda creación de derecho represente un proceso analógico y exhiba, por tanto, la estructura de la *extensio* aclara también el fenómeno contemplado una y otra vez con asombro: “Que la ley es más inteligente que el legislador”; que a partir de la ley se puedan obtener decisiones que el legislador no había dispuesto en forma alguna. Si se entiende la obtención de una sentencia jurídica concreta sencillamente como “aplicación de la ley”, entonces este fenómeno permanece como un acertijo sin solución. En efecto, se cree tener una explicación en la así llamada “teoría de la interpretación objetiva”, que no se orienta en la voluntad del legislador histórico, sino en el “sentido de la ley” que se transforma. Pero, ¿cómo así se transforma el “sentido de la ley” cuando el tenor literal permanece igual? Esto es sólo y únicamente del caso porque este “sentido de la ley” no solamente se esconde en la ley, sino de la misma forma en las circunstancias de hecho de la vida concreta para las que la ley está determinada. La interpretación objetiva de la ley es entonces, en verdad, no sólo interpretación de la ley, sino que ella es ese complejo “deductivo-inductivo”: un suceso analógico, aquel ir y venir de la mirada entre la ley y la circunstancia de hecho concreta de que se hablaba en el capítulo VI. Sólo en razón de ese carácter analógico, de esa “polaridad” de supuesto de hecho y supuesto normativo, vive y crece el derecho, posee la estructura de su ser propia de la historicidad.

Recuérdese que, así como el proceso de creación del derecho, como el proceso de obtención de la sentencia jurídica concreta, también el proceso legislativo, la configuración de la norma legal (regla) tiene carácter analógico. La idea de derecho o, más exactamente, los principios generales del derecho

y las posibles situaciones fácticas de la vida a regular, anticipadas mentalmente por el legislador, deben *colocarse en correspondencia* recíproca (acomodación, asimilación). La idea de derecho debe abrirse hacia esas situaciones, ella debe materializarse, concretizarse, "positivizarse"; éstas tienen, por otra parte, que idealizarse, configurarse en forma conceptual-normativa, "construirse".

La producción legislativa es la acomodación de la idea de derecho y de las posibles futuras circunstancias de hecho de la vida; creación de derecho es la armonización de la norma legal y las reales circunstancias de hecho de la vida. Una acomodación tal, una asimilación tal, un tal poner en correspondencia el deber ser y el ser, supone, sin embargo, que exista un *tertium* en el que la idea, o más exactamente, la norma y la circunstancia de hecho coincidan. Un *mediador entre deber ser y ser.* Nosotros necesitamos una figura que represente de la misma manera lo particular, lo general, el hecho y la norma, un universal *in re*, un deber ser en el ser.

Ese *tertium*, ese mediador del proceso de producción legislativa, como del proceso de creación del derecho, es el *sentido*, en el que la idea de derecho o mejor la norma legal y las circunstancias de hecho de la vida deben ser idénticas, para que así puedan "ser recíprocamente llevadas a la correspondencia" (identidad de la relación de sentido). Ese "sentido", esa *ratio iuris* (que no sólo se esconde en el derecho, sino también en las circunstancias de hecho de la vida) es lo que se designa como "naturaleza de la cosa" (esta forma de pensamiento de la "naturaleza de la cosa" es, no obstante, ambigua en alto grado). La *ratio iuris* es el *topos* en el que se encuentran ser y deber ser, es un lugar metódico de la conexión ("correspondencia") entre realidad y valor. La conclusión a partir de las circunstancias de hecho hacia la norma o, más exactamente, a partir de la norma hacia las circunstancias de hecho es, por tanto, siempre una conclusión sobre la *ratio iuris*. Ella es el eje de la conclusión analógica, es el fundamento del proceso analógico, tanto del de producción legislativa como del de creación de derecho. Pues ella constituye la mediación entre la justicia conforme a los hechos y la justicia conforme a la norma sobre las que trata todo conocimiento de derecho.

Con ese pensamiento a partir de la *ratio iuris*, a partir de la "naturaleza de la cosa", hemos penetrado en medio del *pensamiento tipológico*, que representa uno de los actuales problemas de la teoría del derecho.

El tipo constituye la altura media entre lo general y lo particular, es comparativamente un concreto, un *universale in re*. Así, el tipo se distingue, por una parte, del concepto abstracto-general, que se define a través de un número limitado de "características" aisladas y que, por tanto –de acuerdo con Kant–, son contrarias a la intuición. El tipo con su gran cercanía a la realidad, con su claridad gráfica y con su objetividad, por el contrario, no se puede definir sino tan sólo "explicitar", tiene en efecto un núcleo fijo, pero no fronteras fijas, así que de los "rasgos" característicos de un tipo pueden faltar uno u otros sin que sea necesario cuestionar la tipicidad de un determinado supuesto de hecho. El concepto (aquí siempre entendido como el concepto abstracto general, como "concepto de género", "concepto de clase") es cerrado, el tipo es abierto. El concepto sólo conoce la disyunción tajante, el concepto separa pensamiento conceptual, es "pensamiento que separa". El tipo (el "concepto de orden", "concepto de función", "concepto de sentido"), por el contrario, se acomoda al más o menos de la realidad diversa, une, hace conscientes las conexiones de sentido, lo general es comprendido en él en forma clara, "integral". Por esta razón, bajo el tipo, así como bajo el concepto, no se puede "subsumir", sólo se puede "coordinar", "poner en correspondencia", en un mayor o menor grado, un supuesto de hecho concreto. En relación con el tipo, por consiguiente, tampoco nos hallamos ya más con un pensamiento "exacto", lógico-formal. Y nos encontramos aquí ante la *fuzzy logic*, cuyo fundamento es esa distinción entre conceptos determinados e indeterminados y que se mueve en las zonas grises de las transiciones graduales entre todavía-no-y-no-más[53].

Por otra parte, el tipo se distingue también de las individualidades, de los fenómenos aislados. Algo único no puede ser típico. El tipo existe dentro de lo comparable, supone lo comparable y con ello lo diferenciable.

Si trasladamos lo dicho al plano del derecho entonces el tipo –entendido como tipo normativo, no como tipo promedio o de frecuencia, tampoco como "tipo ideal" en el sentido de Max Weber– se manifiesta como *el punto medio* entre la idea de derecho y las circunstancias de hecho de la vida en

---

53 Ver Ch. Dörrer. *Fuzzy Logic, Methodische Einführung in krauses Denken*, 1996, especialmente pp. 14 y ss. y 76.

torno a las cuales, finalmente, gira todo pensamiento jurídico: el punto medio entre la justicia conforme a la norma y la justicia conforme a los hechos. Es a un mismo tiempo modelo del fenómeno pasajero y paradigma de la idea. Recibe su luz de ambos y es, en consecuencia, por una parte, más rico en contenido y más gráfico que la idea y, por otra, más válido, más espiritual, más duradero que el fenómeno. El tipo, por cierto, no es rígido en sus contornos, no es inmutable, pero es sustraído sensiblemente a nuestra disposición. Nosotros no podemos construir tipos a discreción. El tipo es la causa del "fenómeno original" en el sentido de Goethe.

El tipo es, entonces, aquello que *se da con anticipación* en toda producción legislativa y configuración jurídica. La tarea del legislador es describir el tipo. En ello puede tener un cierto margen de juego; puede, por ejemplo, determinar el homicidio como la muerte ocasionada en forma premeditada o aleve, o en forma peligrosa o impulsada por motivos ruines; más allá del tipo homicidio, como la forma grave y premeditada de dar muerte, no puede ir.

La tarea del legislador es, como dijimos, describir tipos. Los conceptos abstractos son de gran importancia para la configuración de las leyes, pues les confieren forma y garantizan seguridad jurídica. Pero es imposible describir un tipo en forma exacta; la descripción tan sólo se puede acercar al tipo, este jamás podrá ser abarcado hasta en los más finos detalles.

Pues el tipo es siempre más rico en contenido, más espiritual, tiene mayor sentido, es más gráfico que el concepto definido de manera abstracta. Así se da a entender que el derecho nunca puede ser idéntico a la ley, pues no es posible que sea aprehendido por los conceptos legales en la plenitud de su contenido concreto. Por esta razón no puede existir un sistema de derecho cerrado, "axiomático", sino un sistema abierto, "tópico".

La pregunta no se puede plantear así: ¿concepto *o* tipo? Pues, modificando ligeramente una conocida frase de Kant: los conceptos sin tipos son vacíos, los tipos sin conceptos son ciegos. El propósito de la producción legislativa: la conceptualización total de los tipos, es inalcanzable y en la creación concreta del derecho se debe, por consiguiente, recurrir una y otra vez al tipo pensado por la ley. En esto consiste la esencia de la "interpretación teleológica"; la cual no trabaja con los conceptos legales definidos en forma abstracta y general sino con los tipos que se encuentran detrás; ella argumenta a partir de la "naturaleza de la cosa".

Originalmente el concepto es, como dijimos, análogo. El concepto unívoco, unidimensional, definido en forma tajante, es apenas el resultado de una operación mental, una abstracción. Cuando este concepto "aplicado" a la realidad debe ser concretizado en la sentencia, entonces tiene que perder otra vez su carácter abstracto y unidimensional. Una vez más: en la sentencia concreta no aparece el concepto definido en forma abstracta-general[54].

En el proceso de realización del derecho tenemos que ver entonces, con un constante cerrarse y abrirse y nuevamente cerrarse... de los conceptos legales; casi se podría llamar una dialéctica entre "jurisprudencia de concepto" y "jurisprudencia de interés" (con lo cual es reconocido que ambas contienen un aspecto correcto). El legislador intenta, de la manera más precisa posible, abarcar en conceptos las típicas circunstancias de hecho de la vida; la jurisprudencia debe saltar de nuevo sobre estos conceptos, pues ellos se manifiestan como muy limitados ("definidos"), para poder corresponder a las realidades de la vida; de inmediato comienza, sin embargo, el procedimiento en dirección contraria, en la medida en que de aquí en adelante –por ejemplo, por parte de los comentadores de la ley– se presenta una nueva definición "corregida" del concepto concerniente, que por su lado, en vista de la diversidad de la vida, una vez más tan sólo podrá ser suficiente por un lapso mayor o menor, un proceso que nunca arribará a su fin. Un muy claro ejemplo suministra el concepto de "custodia", el cual desde la existencia del Código Penal vigente ha sido innumerables veces definido de nuevo y corregido, sin que jamás se hubiese logrado una definición tal que reprodujera con acierto el tipo custodia como la esfera de paz de una persona.

A partir de aquí se hace igualmente evidente lo que en verdad enuncia el principio *nullum crimen sine lege*. El no puede significar más una estricta prohibición de la analogía, pues una prohibición tal tendría como condición que el delito en las circunstancias de hecho legales se pudiera definir en forma concluyente a través de conceptos unívocos. Esto es, sin embargo, imposible. Lo que el principio *nullum crimen sine lege* enuncia es, más bien, que el tipo de la acción punible esté fijado en una ley penal formal, es decir,

---

54 Ver nota 48.

que tiene que ser descrito en forma más o menos completa. La analogía en el derecho penal encuentra, por consiguiente, sus fronteras en el tipo de antijuridicidad que le subyace al supuesto de hecho legal[55].

VIII. La imputación como proceso de comunicación

Todavía flota en el aire la pregunta sobre cómo se puede llevar a cabo en el proceso de realización del derecho la correspondencia entre los dos "mundos" mencionados arriba, el mundo cotidiano de las circunstancias de hecho de la vida y el mundo jurídico de las normas. ¿Cómo se dejan poner en contacto el lenguaje corriente y el lenguaje técnico? Esto debe ser mostrado con base en el ejemplo del derecho penal, pues la problematicidad de este proceso de "traducción" se presenta de la manera más significativa en la doctrina penal de la imputación.

La insuficiencia de la nueva doctrina penal de la imputación reside, sobre todo, en un punto de vista más estático. El asunto se piensa de tal forma como si el significado de un hecho punible fuese algo dado con anticipación, predeterminado, y para realizar la imputación sólo se tratase de encontrar de nuevo ese significado en la representación del autor ("valoración paralela al ámbito del lego"). Ninguna configuración se da de acuerdo con tal concepto del acto de imputación. En verdad la imputación (con lo cual, no solamente, pero sí de manera preferente, se debe pensar en la imputación penal) es un proceso de comunicación.

Como se mostró arriba, las reglas de la convivencia social no se le proporcionan al ciudadano a través de las leyes penales, él las aprende, más

55 Quisiera apuntar aquí que en el campo del derecho penal manejo la analogía de acuerdo con criterios muy exigentes, así como lo hace la jurisprudencia y una gran parte de la doctrina (ellos eluden la prohibición de analogía por medio del "posible sentido de la palabra" cuyo carácter analógico no se reconoce o sencillamente se niega). Para una opinión crítica ver U. Neumann. "Der 'mögliche Wortsinn' als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH", en U. Neumann/J. Rahlf/E. von Savigny (Eds.). *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, pp. 42 y ss.). En mi opinión la colocación en igual posición de ácido sulfúrico y de arma constituye un caso claro de analogía prohibida. Ver A. Kaufmann. *Analogie* (nota 12), p. 69.

bien, gracias a la comunicación cotidiana, a la comunicación activa entre personas. Sus representaciones sobre lo jurídico y sobre lo antijurídico tampoco se mueven, en consecuencia, dentro de las categorías del lenguaje legal, sino que son determinadas por el lenguaje corriente. El concibe al "homicidio" como un modelo de conducta social, concreto, no como un concepto definido jurídicamente. Y por ello la conciencia de lo antijurídico, así como la tiene el autor en el momento del hecho, no está impregnada de representaciones jurídicas específicas, sino del conocimiento sobre el *significado social y comunitario del hecho*. *Nota bene*: en el plano de la conciencia del autor *–conciencia del daño social–*, con lo cual es casi generalmente reconocido que no es necesaria una conciencia vigilante, sino que es suficiente una "conciencia no reflexiva", "una conciencia marginal", un "permanente saber implícito".

En relación con la exigencia de que el autor debe haber sido consciente de la significación social y comunitaria de su acto para que se le pueda censurar penalmente existen excepciones; sobre todo en el ámbito de los preceptos técnicos, económicos, administrativos, etc., que no se conocen tanto como la prohibición del homicidio, del hurto, de la estafa... Por esta razón debería exigirse en el "derecho penal paralelo" el conocimiento de la norma vulnerada[56], lo que la práctica ciertamente no hace. A pesar del gran significado práctico de dichos preceptos, teniendo en cuenta el marco del tema que nos ocupa, podemos renunciar a dar más explicaciones sobre ellos.

A nosotros nos interesa saber lo siguiente: ¿cómo es entonces posible una imputación de culpa cuando el autor, como sucede normalmente, no tiene ninguna representación jurídica de su acto, sino que sólo comprende su significación social y comunitaria, y esto, también, tan sólo de manera confusa y en un lenguaje corriente más abreviado? Recuérdese el ya mencionado caso Bierdeckel extraído de la jurisprudencia del Reichsgerichts[57] (Tribunal del Reich). Un huésped de una taberna borró algunas de las marcas hechas por la mesera con el fin de calcular más adelante la cuenta.

---

56 De manera general A. Kaufmann. *Unrechtsbewusstsein* (nota 30), pp. 183 y ss.; del mismo, *Parallelwertung* (nota 32), pp. 14 y ss.

57 Ver nota 31.

Difícilmente había pensado el bebedor en un delito documental, sino que se le antojaba, más bien, algo así como "manipulación", "trampa", "burla" (en la medida en que le fuese desconocido el significado; por ejemplo, en el caso de extranjeros). Entonces, una vez más la pregunta: ¿cómo obtiene esa conciencia lega relevancia jurídica?

En principio sólo se le puede achacar al miembro de la comunidad jurídica una infracción de la ley cuando aquello que el lenguaje de la ley expresa se refleja en forma análoga en su conciencia de lenguaje corriente (con un lenguaje legal unívoco [abstracto] una tal imputación no sería posible). Con esto, el así llamado en el lenguaje técnico *problema de la valoración paralela en el ámbito del lego* es reducido a su núcleo. Se plantea así: ¿cómo se deja conducir la esfera de la conciencia *lega* de lenguaje corriente del actor hacia la esfera de las intenciones de la ley fijadas en lenguaje técnico a una correspondencia tal que esté justificada una imputación de culpa a esa conciencia?

La insuficiencia de la nueva doctrina penal de la imputación se fundamenta, como ya lo anotamos, sobre todo, en una forma demasiado estática de comprensión, que hace imposible hacer justicia al principio de imputación de la "valoración paralela en el ámbito del lego". El asunto se piensa de tal manera como si el significado del hecho punible fuese algo dado con anticipación, predeterminado y para realizar la imputación sólo se tratase de encontrar de nuevo ese significado en la representación del autor. Ninguna configuración se da de acuerdo con tal concepción del acto de imputación.

La imputación es, no obstante, un *proceso de comunicación* entre el juez y el sindicado (procesado), en el que no sólo se establece lo que este se ha representado, sino en el que, en primer lugar, se *elabora la correspondencia* entre ambos horizontes de comprensión, aquel propio del procesado y el del juez (quien a través de su uso del lenguaje determina lo referente al significado de la ley). Antes de esto no existe una correspondencia tal. Naturalmente, en los casos cotidianos, rutinarios, no se presentan dificultades para efectuar la concordancia entre el conocimiento del acusado y la intención de la ley. En los casos difíciles, empero, ella debe ser lograda a través de un trabajo más intenso.

Con todo, este proceso de comunicación no se realiza tan sólo unilateralmente, de tal forma que las representaciones de lenguaje corriente

del procesado sean traducidas al lenguaje de la ley; más bien, el acercamiento debe efectuarse también por la otra parte, es decir, los conceptos de lenguaje técnico de la ley deben abrirse hacia el lenguaje cotidiano del autor, a partir de los conceptos cerrados, abstractos deben surgir tipos abiertos, concretos (compárese el atinado ejemplo de los túneles de Radbruch, mencionado arriba en la p. 172, y allí mismo la nota 37). En el caso Bierdeckel, por ejemplo, aquello que el autor se representa como "manipulación" debe ser puesto en relación con el concepto de falsificación de documento, lo que sólo es posible cuando, en sentido inverso, también ese concepto legal es puesto en relación con la representación del mundo del autor; esto muestra, por tanto, el por qué una ley al contemplar la falsedad de documento también hace relación a un caso tal de manipulación; aquí, sin duda alguna, no se puede sencillamente subsumir. Así, en un proceso recíproco se acercan entre sí los modelos de conducta, aquel en que piensa el autor y aquel de los conceptos legales en los que piensa el juez. Se produce una mediatización de las expresiones de lenguaje[58]; los estereotipos deben ser conducidos a los conceptos y los conceptos deben conducirse a los tipos, el lenguaje del autor debe "idealizarse" y el lenguaje de la ley debe "normalizarse". A la "valoración paralela en el ámbito del lego" debe añadirse una "valoración paralela en la esfera del juez". Una identidad entre estos dos horizontes ciertamente nunca se alcanzará, para que la imputación tenga lugar debe bastar tan sólo un grado suficiente de *similitud*. Pero con ello tan sólo se quiere poner en evidencia que la imputación penal siempre constituye un juicio problemático.

Nosotros hemos descrito la imputación (en materia penal) como un proceso de comunicación entre el juez y el procesado; en tiempos recientes se habla con gusto de un "diálogo sobre la culpa"[59]. Pretender entender esto como si el juez y el autor se comunicaran entre sí de tal forma que al final resulte un acuerdo entre ellos sobre la culpa o la inocencia del delin-

---

58 Comparar J. Esser. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2ª ed., 1972, pp. 49 y s.

59 Así F. Haft. *Der Schulddialog; Prolegomena zur einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht*, 1978; comparar, sobre todo, pp. 76 y ss.: "Die analoge Struktur des Schulddialogs".

cuente significaría estar completamente ciego frente a la realidad. Por regla general el acusado no está dispuesto a entablar un auténtico diálogo con el juez, y, de acuerdo con nuestro ordenamiento procesal penal, tampoco está obligado a ello, él puede dejar que el proceso siga su curso mientras permanece en silencio (de todos modos su defensor puede hablar y hablará por él). La expresión "diálogo sobre la culpa" ha sido pensada para significar algo diferente. Una sentencia sobre la culpa de una persona no es posible en el derecho penal sino como un fallo en conciencia. Pero en la parte del derecho penal que tiene que ver (¡que tendría que ver!) sólo con la vulneración de los bienes más elementales del hombre las decisiones en conciencia pueden ser comparativamente generalizadas; es decir, la conciencia es en este campo en cierta medida una cosa fungible, de tal forma que es posible que *otro* –el juez– *representando* al procesado falle, como dice Jaspers[60], en tal "íntima unión interna que pareciese como si fuese el mismo". Todo aquel que ha tenido que emitir un fallo confirmará la afirmación de Engisch, según la cual un fallo que condena a otro no puede hacerse efectivo "allí donde termina la comprensión de la persona". Sólo allí donde todavía el autor pueda ser comprendido es posible lo que yo llamo un "fallo en conciencia"[61]; comprender todo no significa precisamente perdonar todo.

¿Qué es lo que se desprende de estas reflexiones? Nada menos que esto: que el juez en el proceso penal debe asumir *dos papeles*, el papel de la ley y el papel del acusado. La "valoración paralela" se consuma *en el juez*; él debe mediar entre el mundo de lenguaje corriente de quien infringe la ley penal y el mundo de lenguaje técnico de la ley penal. Por tal razón debe estar familiarizado con los dos lenguajes, el lenguaje del pueblo y el lenguaje de la ley[62]. Esta exigencia, entre tanto, no la satisface muy frecuentemente el juez profesional. El peligro guarda relación con que el juez observe el mundo del actor en forma exagerada a través de los lentes de los conceptos legales que le son familiares y lo observe, en consecuencia, de manera

---

60 K. Jaspers. *Die Schuldfrage*, 1946, p. 37.

61 Con más detalle A. Kaufmann. *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, pp. 197 y ss.

62 En este sentido, también, K. Heinz. "Juristische Sprachverwendungen und Kommunikationssituation", en Th. Viehweg/F. Rotter (Eds.). "Recht und Sprache", *ARSP*-Beiheft, N. F. 9 (1977), pp. 95 y ss., especialmente 105.

distorsionada; que el juez, por tanto, no haga justicia a su segundo papel. Por este motivo se le ha puesto al servicio un *juez laico* (los otros motivos que se han aducido para explicar la institución de los jueces laicos son dudosos). La misma expresión "juez laico" indica que es un mediador, un traductor entre los laicos que no están informados del derecho y quien ha estudiado la carrera para ser juez. Su tarea consiste en comprender tanto al autor como a la ley, o dicho así: el juez de profesión debe hacer comprensible la ley al juez laico; el juez laico debe hacer comprender el actor al juez profesional. Esto supone, sin embargo, que el lenguaje de la ley no se aleje demasiado del lenguaje corriente. Con leyes lingüísticamente sofisticadas no puede funcionar la "valoración paralela".

Todavía es válido extraer una última consecuencia de nuestras reflexiones. La "valoración paralela", como lo dijimos, se realiza *en el juez* y en ninguna parte más. El autor no juzga su actuación en forma paralela, sino únicamente de acuerdo con los criterios que le proporcionan los modelos de conducta que le son familiares. Su conciencia de la antijuridicidad es, como lo anotamos, conciencia del daño social. Esa *vaga* conciencia *del autor* del daño *social* que produce su actuación se condensa ahora en el proceso de comunicación ante la justicia y se torna en la conciencia *precisa* que tiene *el juez* del significado *jurídico* del hecho. La conciencia sobre la *antijuridicidad* se *genera* apenas en el proceso ante el juez y se le *atribuye* posteriormente al autor en la sentencia condenatoria. La culpabilidad *en sentido jurídico* se esconde realmente en la cabeza del juez (con lo cual se admite que la teoría del *labeling approach* [el autor no es culpable, a él se le atribuye la culpa] muestra un aspecto correcto). Esto no quiere decir que el autor mismo no tuviese culpa alguna, él tiene culpa; si es una culpa en sentido moral, social-ético o comunitario, eso lo dejamos abierto a la discusión. Asunto del juez es elevar esa culpa del autor al plano de la culpabilidad jurídica.

Con ello son entonces dos niveles sobre los que procede la imputación en materia penal: *el nivel del objeto* del mundo de lenguaje corriente, propio del autor, y el *meta-nivel* del mundo de lenguaje técnico, propio del juez. El juez falla en el meta-nivel *sobre* la culpa del autor, la *define* como "culpa legal", y lo hace en el meta-nivel, pero únicamente en él, o sea que esto depende sólo del uso del lenguaje de la jurisprudencia y no de aquel acontecer diario o de otras disciplinas científicas. El fallo del juez supone, no obstante,

que en el plano del objeto exista efectivamente culpa; en otros términos, que el autor ya haya comprendido su conducta como algo antijurídico; la comprende, sin embargo, siempre tan sólo de acuerdo con los criterios de su propio uso del lenguaje y no de acuerdo con el de la jurisprudencia.

Queda un residuo pendiente de solución conocido a la perfección por todo aquel que es o ha sido juez (penal).

CAPÍTULO NOVENO

El concepto de derecho. Derecho y ley. La relación de ser y deber ser

I. LITERATURA

Alexy, R. *Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed., 1994; Behrends, O./W. Sellert (Eds.). *Nomos und Gesetz*; *Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens* (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philosophisch-historische Klasse III/209), 1995; Binder, J. *Zur Lehre vom Rechtsbegriff*, 1929 (reimpr. 1968); Böckenförde, E.-W. "Der Rechtsbesgriff und seine geschichtliche Entwicklung", en *AfBG*, Vol. XII (1968), pp. 145 ss.; Bülow, O. *Gesetz und Richteramt*, 1885 (reimpr. 1972); Dietze, G. *Begriff des Rechts*, 1997; Dreier, R. *Rechtsbegriff und Rechtsidee*; *Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion*, 1986; del mismo, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pp. 217 ss.: "Sein und Sollen; Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsen"; del mismo, *Recht-Staat-Vernunft*, 1991, pp. 73 ss.; *Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht*; del mismo, allí mismo, pp. 95 ss.: "Der Begriff des Rechts"; Ellscheid, G. *Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants*, 1968; Giannidis, I. *Theorie der Rechtsnorm auf der Grundlage der Strafrechtsdogmatik*, 1979; Gutmann, T. "Keeping'em down on the farm after they've seen Paree; Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriffs", en *ARSP* 83 (1997), pp. 37 ss.; Haney, G. "Rechtsbegriff und Rechtssoziologie", en W. Hoffmann-Rien y otros (Eds.). *Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland*, 1990, pp. 102 ss.; Hart, H. L. A. *Der Begriff des Rechts* (del inglés), 1973; Heldrich, A. "Normenüberflutung", en *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, pp. 811 ss.; Hoerster, N. "Die reschtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff", en *JuS* 1987, pp. 181 ss.; Isay, H. *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929 (reimpr. 1970); Jørgensen, S. *Recht und Gesellschaft* (del danés), 1971; Kantorowicz, H. *Der Begriff des Rechts* (del inglés), 1957; Kaufmann, A. "Gesetz un Recht", en *Existenz und Ordnung*; Festschrift für Erik Wolf, 1962, pp. 357 ss.; también en, del mismo, *Reschtphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984, pp. 131 ss.; del mismo, *Analogie und "Natur der Sache"; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982, del mismo, "Rechtsbegriff und Rechtsdenken", en *AfBG*, Vol. XXXII (1994), pp. 21 ss.; Klenner, H. *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, 1984; Krawietz, W. *Recht als Regelsystem*, 1984; Lampe, E.-J. "Die vier Dimensionen des Rechts; Materialien zur Bestimmung des Rechtsbegriffs", en *RTh* 22 (1991), pp. 221 ss.; Larenz, K. *Richtiges Recht; Grundlegung einer Rechtsethik*, 1979; Llompart, J. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, 1976; Löwenstein, A. *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff*, 1915; Luhmann, N. "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", en *JbRSozuRTh* 1 (1970), pp. 175 ss.; Maihofer, W. "Was ist Recht?", en *JuS* 1963, pp. 165 ss.; del mismo (Ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, 1973; Neumann, F. L. *Die Herrschaft des Gesetzes* (del inglés), 1985; Nordsieck, R. *Recht und Gesetz in theologischer, philosophischer und juristischer Perspektive*, 1991; Nörr, D. "Spruchregel und Generalisierung", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Romanistische Abteilung*, 89 (1972), pp. 18 ss.; del mismo, *Divisio und Partitio*, *Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, 1972; Opalek, K. "Der Begriff des positiven Rechts", en *ARSP* 68 (1982), pp. 448 ss.; del mismo, *Theorie der Direktiven und der Normen*, 1986; Pawlik, M. "Ronald Dworkin und der Rechtsbegriff", en *RTh* 23 (1992), pp. 289 ss.; Peschka, V. *Die Eigenart des Rechts* (del húngaro), 1989; Petev, V. "Zum Begriff des Rechts in bürgerlicher und marxistischer Sicht", en *RTh* 7 (1976), pp. 53 ss.; Schneider, H.-P. *Richterrecht*, *Gesetzesrecht und Verfassungs-recht*, 1969; Schneider, P. (Ed.). "Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts", en *ARSP*-Beiheft, N. F. 6 (1970); Stuhlmann-Laeisz, R. *Das Sein-Sollen-Problem; eine modallogische Studie*, 1982; Voigt, R. (Ed.). "Gegentendenzen zur Verrechtlichung", en *JbRSozuRTh* 9 (1983); Wittmann, R. "Der Begriff des allgemeinen

Gesetzes in Kants kategorischem Imperativ", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 363 ss.; Zaccaria, G. (Ed.). *Diritto positivo e positività del diritto*, 1991.

II. DERECHO Y LEY, CONCEPTOS JURÍDICOS NOMINALISTAS Y REALISTAS

Cómo se ha de utilizar en nuestro orden jurídico el término "derecho" se deduce tan sólo esporádicamente, y no en forma clara, de algunas disposiciones. En el artículo 2º EGBGB (ley introductoria al Código Civil) se dice: "Ley en el sentido del Código Civil (*Bürgerlichen Gesetzbuchs*) y de esta ley es toda norma jurídica". Por "norma jurídica" se debe entender aquí la ley en sentido material, es decir, la ley formal (para la cual el proceso legislativo es lo característico), el derecho consuetudinario, el acto jurídico reglamentario así como el derecho arancelario, la observancia, las reglas generales del derecho internacional público. En el artículo 2º EGBGB los conceptos de "derecho" en el sentido de "norma jurídica" y de "ley" son utilizados como sinónimos. Existen algunos otros textos de donde se debe extraer la misma comprensión de derecho. En el § 1 GVG (ley de organización de la justicia) que data del mismo tiempo del BGB, o sea de la época del cambio de siglo, se establece que el poder judicial será ejercido "por medio de tribunales independientes sólo sometidos a la ley". Pero aun en la ley judicial alemana, que data de nuestro tiempo, se encuentra la misma selección de términos (§ 25), y esto es válido incluso con respecto a la Ley Fundamental, en donde en el artículo 97, párrafo 1, se identifican derecho y ley: "Los jueces son independientes y están sometidos sólo a la ley".

El concepto de derecho utilizado en las disposiciones mencionadas es un concepto de derecho nominalista. De acuerdo con el cual el derecho no es nada real –no "existe" derecho– sino simplemente normas, una designación de conjunto para el compendio de las leyes, cuyo contenido es discrecional (en todo caso dentro del marco del orden constitucional). Real es tan sólo la ley.

Ahora, no obstante, en el artículo 20 párrafo 3 GG (Ley Fundamental) (a diferencia del artículo 97) se establece algo muy distinto: "La legislación está sometida al orden constitucional; el poder ejecutivo y la jurisprudencia están sometidos a la ley y al derecho". Esto quiere decir: "A la ley y al dere-

cho". Una tal mención acumulativa y por tanto diferenciada de la ley y del derecho contradice la comprensión que se ha tenido del derecho durante los últimos 200 años. El recurso según el cual al constituyente se le introdujo por descuido un error de redacción, nos es vedado. Quienes configuraron la Ley Fundamental eligieron deliberadamente esa formulación, y, desde luego, como lo ha expresado de manera bastante notable uno de ellos, Thomas Dehler, en pos de una mejor caracterización del principio de Estado de derecho, como base de la Ley Fundamental[1]. La idea primitiva del artículo 20, párrafo 3 GG, es que la República Federal Alemana no debe ser solamente un mero Estado de derecho –"Estado legislativo"– ni una mera democracia formal, sino un Estado de derecho material y una democracia material, en los cuales el derecho como tal –y no sólo la ley– tenga realidad y despliegue eficacia.

Pero, ¡si tan sólo se supiese "lo que es el derecho como tal"! La observación irónica de Kant: "Todavía buscan los juristas una definición para su concepto de derecho"[2], podría haber sido hecha también en nuestro tiempo. Incluso hoy se busca un concepto de derecho que sea más que una designación formal de conjunto para el compendio de las leyes, y que diga algo sobre la realidad del contenido jurídico. Pero esta búsqueda será en vano si se pretende encontrar *el* concepto de derecho. Pues una definición estrictamente lógica del derecho, en el sentido de un concepto construido a partir de rasgos característicos unívocos y cerrados, no puede presentarse en este tipo de conceptos. Sólo se puede explicar, en forma más o menos exacta, lo que nosotros entendemos por derecho, y con ello lo importante es, muy esencialmente, el criterio a partir del cual se contemple el derecho. En este sentido existe un amplio número de conceptos de derecho; todos enuncian algo correcto (en el aspecto respectivo), pero ninguno abarca la totalidad del derecho. Observemos un par de conceptos.

---

1 Documentación y más literatura en A. Kaufmann. "Gesetz und Recht", en *Existenz und Ordnung*; Festschrift für Erik Wolf, 1962, pp. 357 y ss.; también, del mismo, *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984, pp. 131 y ss.; sobre una cuestión particular ver H. Schüler-Springorum. "Recht und Gesetz in der Jugendgerichtsbarkeit", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1933, pp. 645 y ss.

2 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, A, 732; B, 759.

Desde el punto de vista de la filosofía idealista, Hegel *concibió* el derecho, esencialmente, como libertad. "Esto, que es existencia, ante todo, existencia de la voluntad libre, es el derecho. Es, por tanto, sobre todo la libertad como idea"[3]. En forma menos enfática pero más exacta formuló Kant: "El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, de acuerdo con una ley general de la libertad"[4]; es decir, el derecho es una limitación igual de la libertad del individuo, a favor de la libertad de todos. En forma muy pragmática procedió el gran juez americano Oliver Wendell Holmes: *The prophesies of what the courts will do in fact*, *and nothing more pretentious*, *are what I mean by the Law*[5]. Según Max Weber, al derecho en sentido sociológico le es esencial el fundamentar una probabilidad calculable de que, en la realización del supuesto de hecho jurídico, opere la consecuencia jurídica[6]. El analítico H. L. A. Hart dota al concepto de derecho con el término "regla"; él piensa que el mecanismo que se desprende del funcionamiento combinado de las reglas es la adecuada reproducción de aquello que es derecho[7]. Desde el punto de vista del neokantismo que proviene de Marburgo, Rudolf Stammler construyó un concepto de derecho apriorístico. El concepto de derecho "como último supuesto de todo pensar y fallar jurídico" es "el querer no vulnerable y soberanamente vinculante"[8]. Gustav Radbruch, de quien provino el neokantismo bajo el sello del sur occidente alemán, encontró en la relación de valor el criterio decisivo del concepto de derecho: "Derecho es realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho"[9]. De acuerdo con esto, una norma que

---

3 Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 29.

4 Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 230.

5 Sobre esto ver (con documentación) G. Radbruch. "Oliver Wendell Holmes; Zur Biographie eines amerikanischen Juristen", en *SJZ* 1946, pp. 25 y ss. = GRGA, T. 16, 1988, pp. 136 y ss.

6 M. Weber. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., revisada, facilitada por Johannes Winckelmann. *Studienausgabe*, 1985, pp. 181 y ss. Comparar sobre esto F. Loos. *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, 1970.

7 H. L. A. Hart. *Der Begriff des Rechts* (del inglés), 1973, especialmente 27 y ss.

8 R. Stammler. *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., 1923, p. 69.

9 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, p. 119 = GRGA, T. 2, 1993, p. 255.

contraría de manera insoportable la idea de derecho, es decir, la justicia, es algo "legalmente antijurídico", y una norma que por ningún motivo aspira a la justicia "no es derecho"[10]. *Yo mismo* hago énfasis en el carácter analógico del derecho, por cuanto caracterizo al derecho como "la correspondencia entre el deber ser y el ser"[11]. Derecho no es, según esto, algo substancial sino algo relacional, un pensamiento para el cual Edgar Bodenheimer encontró una imagen concreta: *Law is a Bridge between Is and Ought*[12].

A pesar de todos estos esfuerzos alrededor de un concepto de derecho de contenido realista, para los juristas de la generación actual se hace difícil entender por "derecho" algo distinto a lo que se entiende por "ley". Ellos se quejan de la "juridificación" de nuestro mundo viviente y en realidad piensan, con ello, en la "legalificación", ocasionando así un empobrecimiento del derecho, en lugar de una contención del flujo de leyes. En los tiempos anteriores a 1800, para la mayoría de juristas y filósofos derecho y ley no eran lo mismo; a Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino y también a Tomás Hobbes, por ejemplo, no se les hubiese ocurrido medirlo todo con la misma vara. Por qué esto es así tan sólo se puede comprender a partir del desarrollo histórico del concepto de derecho[13].

III. EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE DERECHO

Una mirada sobre la historia enseña que el derecho es mucho más antiguo que lo que hoy se denomina "ley". Como se ha corroborado en nuevas investigaciones, en las sociedades preestatales, de los recolectores, cazadores, agricultores y pastores, no existió un derecho normado, ni siquiera un

---

10 G. Radbruch. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *SJZ* 1946, pp. 105 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 83 y ss. Ver el texto de la fórmula en las pp. 191 y s.

11 A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, p. 18.

12 E. Bodenheimer en *Ratio iuris*, Vol. 1, Nº 2, julio de 1988, pp. 137 y ss.

13 Muy interesante es la tematización de la relación entre ley y derecho en la literatura: desde Sófocles hasta Franz Kafka, desde Hartmann von Aue hasta Thomas Mann. Sobre esto existen escritos muy ricos en contenido. Aquí se cita sólo un trabajo reciente: E. Schmidhäuser. "Das 'Gesetz' in Franz Kafkas Roman 'Der Prozess'", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 803 y ss.

derecho escrito[14]. El derecho estaba encapsulado dentro de la religión natural de esas sociedades, y era, por tanto, lo mismo que la moral. No obstante, se conocían algunas instituciones de derecho como la propiedad, el parentesco, la igualdad de tratamiento, la reciprocidad; éstas se deducían a partir del caso y no como normas. Y ese derecho se transmitía a través de relatos, de leyendas y, no en último lugar, a través de los mitos de esos pueblos. Hoy esto no es muy distinto en las sociedades primitivas[15].

Acerca de las leyes del *antiguo Egipto* todavía no hemos tenido noticia; probablemente la administración de justicia se realizaba a través de decisiones carismáticas, por parte del colegio de jueces. Entre las leyes más antiguas conocidas hasta hoy se hace referencia normalmente a las del Código de los babilonios y de los etitas, a las leyes Urnammu (siglo XXI a. C.), Lipit-Ischtar (siglo XIX a. C.), Hammurabi (alrededor de 1700 a. C.). Uno se equivocaría si quisiese ver allí leyes en el sentido actual o tan siquiera codificaciones. Las leyes del antiguo oriente (si así quiere llamárselas) se desarrollaron, en la más alta escala de su concientización, al igual de todo lo concerniente al derecho, como derecho del caso y, por tal razón, esas colecciones jurídicas llevan consigo, necesariamente, la expresión lingüística de su procedencia[16].

De la *antigua Grecia* se afirma ocasionalmente que el pensamiento estuvo dedicado a la ley, al νόμος, no al derecho, para el cual ni siquiera existió una forma lingüística adecuada de expresión; pues δίχαιον significaba en el griego clásico lo justo: *iustum*, y no *ius*[17]. El asunto ha de observarse, entre tanto, de manera bien diferenciada. Sin lugar a dudas, ya la ley griega tenía un alto grado de generalidad; de lo contrario Aristóteles

14 Comparar U. Wesel. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften; Umrisse einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten*, 1985; del mismo, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, 1997; W. Seagle. *Weltgeschichte des Rechts*, 1958, especialmente pp. 49 y ss., 93 y ss.

15 Ver H. Scholler. "Märchen, Recht und Rechtsverwirklichung", en *Festschrift für Theodor Maunz*, 1981, pp. 317 y ss.

16 Sobre esto W. Preiser. "Zur rechtlichen Natur der altorientalistischen Gesetze", en *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, pp. 17 y ss.

17 Así J. Triantaphyllopoulos. *Das Rechtsdenken der Griechen*, 1985, p. 3.

no se habría tenido que esforzar por la ἐπιείχεια (equidad), para corregir los defectos causados por la generalidad de las leyes[18]. Independientemente de que la palabra adecuada para justicia suena en griego clásico διχαιοσύνη y no δίχαιος (cuyo significado es, más bien, "recto", "correcto"), la validez de la ley tampoco se fundamentaba de manera especial en un acto de fijación (θέσις), sino en lo que correspondía a la tradición, a la costumbre. No se podría de ninguna manera hacer justicia al pensamiento jurídico griego si no se toma en cuenta, también, el significado de δίχη (costumbre, uso, jurisprudencia) y particularmente el concepto de Temis (que designa, sobre todo, al derecho divino)[19].

Las fuentes del *derecho romano* se inician para nosotros prácticamente con la Ley de las Doce Tablas (alrededor del 450 a. C.), pues conocemos muy poco del derecho más antiguo. Los romanos, sin lugar a dudas, no sólo tenían un término para designar a la ley (*lex*), sino también para designar al derecho (*ius*), lo que no puede, en ningún caso, inducir a la conclusión equivocada de que estos términos hubiesen sido utilizados del mismo modo que los usa, por ejemplo, la moderna teoría del derecho. Se debe tener siempre en cuenta que la realidad del derecho romano estaba cimentada en el proceso; derecho se entendía, en primera línea, como *actio*. Y aun cuando el término *lex* alude, tal vez, a *ligare* (ligar) y denota, por tanto, un contenido normativo, las *leges* poseían un carácter condicionado por la situación, aun aquellas *leges* que se denominan algunas veces "normativas". Tras la ley general del pueblo de la república romana, como lo anota Bleiken, "no se encuentra una idea normativa; a ella no le subyace jamás la abstracción de un orden imaginado, sino siempre la situación existente concreta"; ambas categorías, la "vinculada a la situación" y la ley "normativa", "provienen de la misma estructura de pensamiento: ambas sirven a la superación práctica de problemas concretos"[20]. De allí se desprende la afirmación de Kaser,

---

18 Aristóteles. *Etica a Nicómaco*, 1137 a y ss.

19 Comparar K. Latte. *Kleine Schriften zu Religion*, *Recht*, *Literatur und Sprache der Griechen und Römer*, 1968, pp. 233 y ss.; H. J. Wolff. "Vorgeschichte und Entstehung des Rechtsbegriffs im frühen Griechentum", en W. Fikentscher/H. Franke/O. Köhler (Eds.). *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, 1980, pp. 557 y ss. En detalle, Erik Wolf. *Griechisches Rechtsdenken*, 4 tomos, 3 y 4 en dos partes, pp. 1950 y ss.

20 J. Bleiken. *Lex publica; Gesetz und Recht in der römischen Republik*, 1975, p. 186. Ver

según la cual la pregunta sobre la validez de la ley se desvanece ante el poderío dominante del derecho de los juristas[21]. Evidentemente, aquí no se puede pasar por alto algo: el fallo judicial es siempre una decisión individual sobre un supuesto de hecho concreto; si ha de servir más tarde de modelo para futuras decisiones judiciales, tendrá que desligarse de su singularidad y debe generalizarse. El caso individual, como tal, nunca sirve de modelo, sólo lo puede ser cuando es reconocido como "típico"[22].

Merece consideración el hecho de que aún hoy en el *derecho inglés* sobrevive mucho más del espíritu del derecho romano que en los derechos de Europa continental, aun cuando en ellos tuvo lugar una recepción (pero, así mismo, una falsificación) del derecho romano. Al derecho inglés, que es esencialmente *case law*, le subyace un concepto de derecho diferente al que nosotros conocemos. El (más alto), precedente judicial es, en cierta medida, una ley individual (con relación a la ley de presupuesto existe entre nosotros algo comparable); no obstante, aquí es válido lo dicho más arriba: que un precedente sólo puede ser vinculante ("normativo"), para futuras decisiones cuando en él se reconoce un pensamiento jurídico general[23]. El derecho inglés muestra, entre otras cosas, que incluso hoy existen ámbitos de influencia jurídica en los cuales el porcentaje de normas legales en la totalidad del orden jurídico es modesto, si se compara, por ejemplo, con el derecho continental europeo.

Algo no muy diferente sucedía en el *derecho alemán antiguo*. Al principio se encontraba el derecho no legislado, "la sabiduría". Apenas en una escala posterior existió el "estatuto", convenido por los miembros de la comunidad, y luego los "libros jurídicos", como recopilación del derecho consuetudinario al estilo del *Sachsenspiegel*. La "ley de derecho" ordenada por la autoridad

---

también H. Honsell. "Das Gesetzverständnis der römischen Antike"; en *Festschrift für Helmut Coing*, T. 1, 1982, pp. 129 y ss.

21 M. Kaser. "Über Gesetz und Recht in der privatrechtsgeschichtlichen Erfahrung", en *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, 1973, p. 25. Comparar también W. Sellert (Ed.). *Das Gesetz in der Spätantike und im frühen Mittelalter*, 1992.

22 Sobre esto, A. Kaufmann. *Analogie* (nota 11), *passim*.

23 En detalle G. Radbruch. *Der Geist des englischen Rechts*, 2ª ed., 1956 = GRGA, T. 15, 1997. De manera fundamental, W. Fikentscher. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, T. 2, "Anglo-amerikanischer Rechtskreis", 1975.

estatal se encontraba también aquí al final del desarrollo. Si en la antigüedad germana y alemana se utilizó el término *lex*, *ley*, no sucedió en el sentido de nuestro actual concepto de ley sino que significaba, más bien, "derecho", en el sentido del orden que subyace a todas las cosas de la vida ("la ley que se encuentra en las cosas", como lo llamó Stifter en el *Witiko*).

Si hubiese espacio aquí se mostraría que la relación entre derecho y ley también cumplió un papel extraordinario en materia teológica. Desde hace siglos se discute acerca de cuál era el significado de la "ley" en el Antiguo Testamento y del "Evangelio" en el Nuevo Testamento. A pesar de que dicha discusión ha suscitado mucha controversia se dice, sin embargo, de manera preponderante, que la "ley" del Antiguo Testamento no es una ley en el sentido moderno sino, más bien, un bosquejo del derecho que se vive; como, por otra parte, la "nueva ley" no significa el rechazo de la legalidad, aun cuando lo que más se acentúa en el Evangelio es el mensaje concreto de salvación y no una norma abstracta general. Sobre cómo pudo ver Lutero en la ley "una pura dimensión negativa" que se contraponía al Evangelio, algo digno de odio, que sumerge al hombre en la desesperación, pues sólo lo conduce al conocimiento del fracaso y del pecado, se ha dicho y se ha escrito mucho. Independientemente de la posición que se tenga frente a esto, de todas formas Lutero no pensaba que la ley no concernía a los cristianos, sólo que lo que él entendía por "ley" no era tanto la ley de Moisés, que había caído en descrédito, sino más bien la *lex naturalis*[24]. Pues obviamente Lutero no se puede pensar sin los Padres de la Iglesia, por lo menos, sin San Agustín y sin Tomás de Aquino, ni tampoco sin el derecho natural cristiano. Aquí no podemos poner esto sobre el tapete. Debemos, sin embargo, dirigir una mirada hacia la doctrina de Santo Tomás sobre ley y derecho, pues ésta es aún hoy significativa.

Tomás de Aquino distingue tajantemente entre *lex* y *ius*. La ley se caracteriza por medio de cuatro rasgos: 1. Es una *rationis ordinatio*; 2. Se

---

24 Ver P. Noll. *Jesus und das Gesetz; Rechtliche Analyse der Normkritik in der Lehre Jesu*, 1968. También A. Kaufmann. "Gesetz und Evangelium", en *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, 1984, pp. 61 y ss. Igualmente, W. Pannenberg/A. Kaufmann. *Gesetz und Evangelium*, 1986; G. Söhngen, *Gesetz und Evangelium; Ihre analoge Einheit*, 1957; J. Reikerstorfer (Ed.). *Gesetz und Freiheit*, 1983.

dirige *ad bonum commune*; 3. Debe ser emitida por aquel *qui curam communitatis habet*, y 4. Requiere de una *promulgatio*[25]. En el concepto de derecho tomista –y esto es importante para lo que sigue–, a diferencia de lo que ocurre en la modernidad, se reúnen, entonces, criterios formales y criterios de contenido. Más adelante se dice: *lex a legendo vocata est*, *quia scripta est*, y, en relación con esto, se encuentran los términos *ponere* y *positum*[26]. La ley se arraiga en la autoridad de un legislador (es "legislada"), no proviene del ser sino es el resultado de una voluntad que emite normas. Muy por el contrario el derecho, el cual no es considerado por Santo Tomás dentro del contexto sistemático de la ley, sino en el marco de la doctrina de la virtud y, por cierto, de la justicia. El *ius* no es para él una existencia de normas, no es un esquema abstracto para el actuar correcto; es, más bien, el actuar correcto mismo y la correcta decisión frente a la situación concreta. Derecho no es norma, sino actividad, una *actio iustitiae*, así lo llama y, también, "la cosa justa en sí misma" (*ipsa res iusta*)[27]. Por tal razón, para los más altos y los más universales principios jurídicos, como para el mandato de trato igual, la prohibición de ocasionar daño, tampoco utilizó la regla de oro y otras más, como sucede hoy en día frecuentemente en la expresión *ius naturale*, sino en la de *lex naturalis*. Y todavía una cosa más es importante para la problemática actual. La pregunta sobre si una ley humana, que se aparta de la ley natural, es válida, la respondió Santo Tomás con una referencia a San Agustín: "Una ley injusta no es una ley", y añade: "Una ley tal, que se desvía de lo natural, es una destrucción de la ley", una *legis corruptio*[28]. Santo Tomás afirmó en forma consecuente, por tanto, también un derecho de resistencia contra el orden injusto. La pregunta medular naturalmente consiste en poder reconocer que se trata de una *legis corruptio*, pues no todo defecto trae como consecuencia que una ley no sea válida; las leyes son, por cierto, todas imperfectas.

---

25 Tomás de Aquino. *Summa Theologica* I, II, 90, 4.
26 *Ibid.*, II, II, 57, 2.
27 *Ibid.*, II, II, 57,1.
28 *Ibid.*, I, II, 95, 2.

IV. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO MODERNO DE DERECHO

La discusión en torno a "ley y derecho", "ley y Evangelio", a comienzos de la edad moderna, estaba dominada por la pregunta sobre si el hombre podía vivir solamente *sub lege* o si para la justificación de su "salvación" requería de otros medios. En la época moderna esa pregunta se decidió a favor de una prelación, sí, de una exclusividad de la ley. Ese proceso se efectuó, naturalmente, tan sólo en forma lenta y no sin rodeos. El concepto de ley del *derecho natural a comienzos de la edad moderna* difiere claramente del que tenemos en la actualidad, por causa de una muy distinta concepción del Estado (tratado de dominación). Hugo Grocio, Tomás Hobbes, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius... pretendieron deducir sus derechos y deberes fundamentales a partir de la naturaleza empírica del hombre. Ellos estuvieron lejos de elaborar una codificación[29]. Esta idea surgió apenas en el siglo XVIII, especialmente con Christian Wolff, y luego con los libros de leyes "de derecho natural" de los siglos XVIII y XIX (*idea de codificación*).

Pero estas codificaciones no significan el comienzo sino la terminación de una época. Mirándolo bien, fue ya con Rousseau y precisamente con su doctrina del Estado (*contrat social*) que se anunció el surgimiento de una nueva era. Sí, incluso se tiene que ir todavía más lejos, hacia el siglo XVI, hasta Jean Bodin, quien desarrolló el concepto y la idea de *soberanía* (terreno abonado por Maquiavelo: *El Príncipe*, 1513). Bodin fue el primero en escribir sobre el absolutismo: "El soberano aparece como poder absoluto y continuo" sobre todos los partidos y ciudadanos, que se degradan a ser súbditos (como precio por esa sumisión el soberano les garantiza libertad religiosa y seguridad)[30]. Las leyes las dicta en su calidad de soberano. El mismo no está sometido a ellas, pero para los súbditos rigen incondicionalmente, incluso cuando vulneran normas de derecho natural (un último rescoldo

29 En detalle A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 56 y ss.

30 J. Bodin. *Six Livres de la République* (1576), I, 7.

de derecho a la resistencia estaba previsto para el caso en que la orden del soberano vulnerara el derecho divino)[31].

Bodin se anticipó, en efecto, a su tiempo. Todavía en el siglo XVIII la potestad legislativa no aparece como función del Estado, sino como derecho soberano que se concretiza en los señores feudales. Con el Pietismo retrocede ya la normatividad abstracta de la *lex naturalis*, muy por detrás de la práctica de vida moral del "interior de los hombres". Ni siquiera Kant presentó un concepto de ley meramente legalista; a él le interesaba, ante todo, el contenido de la ley y distinguió, en consecuencia, entre una legislación moral y una jurídica; para él –muy en el sentido de Rousseau– sólo el pueblo mismo debía considerarse como portador de la voluntad de la ley y no el legislador en el sentido moderno[32]. Tanto más cuanto Schleiermacher no era legalista, el concepto de ley le parecía especialmente sospechoso, no veía en él una expresión "auténticamente cristiana", puesto que (la ley), presenta al bien sólo de manera imperfecta y por consiguiente no se le "puede atribuir ningún valor"; el "amor" es y hace, con todo, "siempre mucho más de lo que la ley puede ser y realizar"[33]. La aversión de Friedrich Carl von Savigny con respecto a actos conscientes de legislación es bien conocida; según él, las "fuerzas silenciosamente operantes del pueblo" son las que producen el derecho y es, por ende, el derecho consuetudinario y no la ley lo que aparece ante Savigny como lo característico y propio del derecho[34].

Tan sólo el siglo XIX trajo consigo *la marcha triunfal de la idea de ley*, abonada ya a través de la nueva concepción de Estado de Jean Bodin. Esta marcha triunfal se cimentó gracias a diferentes factores. Junto a un mejor dominio de los métodos de abstracción se deben mencionar aquí, por

---

31 Comparar F. L. Neumann. *Die Herrschaft des Gesetzes*, 1980, pp. 107 y ss.

32 E. W. Böckenförde. *Gesetz und gesetzgebende Gewalt; Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 2ª ed., 1981, pp. 94 y ss. Sobre el desarrollo moderno del concepto de ley ver, también, F. W. Graf, en *TRE*, T. XIII, 1984, pp. 90 y ss.

33 Citado según H. M. Barth en *TRE*, T. XIII, 1984, p. 128.

34 F. C. v. Savigny. "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" (1814), en Thibaut/Savigny. *Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, 1959, pp. 72 y ss.; sobre esto también D. Strauch. *Recht*, *Gesetz und Staat bei Friedrich Carl v. Savigny*, 1960.

ejemplo, el capitalismo temprano, la industrialización en surgimiento y la configuración del Estado social. En sociedades complejas, con economía desarrollada, se requiere de un alto grado de seguridad jurídica; pero una seguridad tal no la pueden garantizar los sistemas tradicionales de derecho natural, para ello se requiere una ley formulada de manera racional, abstracta, general. El derrumbamiento del derecho natural a finales del siglo XVIII fue ocasionado, especialmente, en razón de la arbitrariedad sin precedente que tal derecho natural originó en la totalidad del orden jurídico. Por ese motivo, el siglo XIX debió permanecer muy consecuentemente bajo el signo de la ley, sin contradecir en absoluto la idea de libertad. Es palpable que al concepto de ley le es inherente el de necesidad. Pero, precisamente por eso, la ley puede ser una condición de posibilidad de la libertad: crea el espacio libre dentro del cual el individuo adquiere la capacidad para realizar su personalidad moral. Esto, ya visto claramente por Kant, fue aprovechado por Paul Johann Anselm v. Feuerbach, el gran criminalista del siglo XIX, y asimismo en Goethe leemos: "La ley sólo nos puede ofrecer libertad"[35]. Libertad existe sólo en la ley (sobre esto con más detalle en el capítulo XVI).

El más importante supuesto para el desarrollo del concepto de ley en el siglo XIX fue, empero, el terreno ya abonado por Bodin de la *nueva concepción de Estado*. Esto significa, como ya lo expusimos, que el portador de la voluntad del Estado dicta las leyes en su calidad de *soberano*. Ahora bien, esta ley así legitimada es tan soberana y tan invulnerable como el soberano mismo, de cuyo poder deriva su validez. Y, como consecuencia de este criterio de derecho estatal, se llegó a una muy significativa *escisión del concepto de ley*. Si hasta ese entonces el concepto de ley se encontraba unificado y reunía rasgos formales y materiales (comparar arriba en relación con Tomás de Aquino), a partir de ese momento se distingue (y se divide) entre *contenido de la ley* y *mandato legal*[36]. El punto capital aquí es que para la *validez* de una ley sólo interesa la observancia del *proceso legislativo formal*, que exista una auténtica voluntad del soberano (¡*ita ius esto*!); el contenido de la ley, por el contrario, no interesa. El contenido de la ley es discrecional, anota

35 Goethe. *Was wir bringen*, escena 19.
36 E. W. Böckenförde. *Gesetz* (nota 32), pp. 226 y ss.

Hans Kelsen, muy en el sentido de su época[37]. La positividad deviene en la "naturaleza" del derecho.

De este concepto legalista de ley no se puede desligar el *método jurídico* desarrollado en el siglo pasado, al cual le concierne –siguiendo el ejemplo de Montesquieu– que las sentencias judiciales se manifiesten como una "copia exacta de la ley"[38], o bien, como expresó entonces Feuerbach, que el juez debe estar atado a "los estrictos y llanos términos de la ley", que su tarea tan sólo debe consistir en "comparar el caso dado con estos términos y, sin tener en cuenta el sentido o el espíritu de la ley, condenar si el tenor de la ley condena y, si absuelve, absolver[39].

Esto es positivismo pero, sin embargo, todavía con una cláusula de salvación. Feuerbach tampoco exigió del juez la observancia de la ley a toda costa. El mismo, titular de una elevada magistratura, consideró la "desobediencia judicial", precisamente, como una "obligación sagrada", en razón de la cual el "obediente podría romper su lealtad, si lo hace en pos de la justicia, a cuyo servicio exclusivo se encuentra (el juez)"[40]. Los juristas que lo sucedieron, no obstante, dejaron caducar esa cláusula y sostuvieron, como lo hizo Karl Bergbohm hacia comienzos de siglo, incluso la validez de derecho legal "infame"[41]. Con ello se parte del supuesto considerado como obvio de que el legislador no dicta leyes "infames". Y durante la vigencia del "positivismo jurídico-científico"[42], de hecho tampoco lo hizo. La conciencia de la calidad moral todavía permanecía tan viva en él que nunca llegó a pensar en abusar de la omnipotencia que le otorgó el positivismo o en hacer algo diferente a leyes justas o, por lo menos, a leyes

---

37 Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre*, 1934, p. 104; 2ª ed., 1960 (reimpr. 1976), p. 201.

38 Ch. de Montesquieu. *De l'esprit des lois* (1748) XI, 6.

39 P. J. A. v. Feuerbach. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten* (1804), II, 20.

40 P. J. A. v. Feuerbach. *Die hohe Würde des Richteramts* (1817). Sobre esto, A. Kaufmann. "Paul Johann Anselm v. Feuerbach: 'Die hohe Würde des Richteramts'", en *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, pp. 319 y ss.

41 K. Bergbohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, T. 1 (único), 1892 (reimpr. 1973), pp. 144 y s.

42 F. Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed. (1ª ed., 1967), 1996, pp. 430 y ss.

no injustas. Nunca antes habían surgido en el campo de la lengua alemana tantas obras legislativas tan significativas y sobresalientes como hacia finales del siglo XIX.

Pero el concepto de ley se encontraba escindido y con ello se había pre-programado el caso de que una orden injusta o inmoral por excelencia del soberano fuera aceptada como ley válida, y que con respecto a ella se pudiera exigir obediencia, desde que el proceso legislativo consagrado en la Constitución hubiese sido observado. Seguramente no es necesario documentar de qué manera este caso de perversión legislativa, apenas pensado por los positivistas del siglo XIX, se convirtió en el presente siglo en espantosa realidad. La *legis corruptio* no es ya más sólo un ejemplo de cátedra. El *deterioro del concepto moderno de derecho* es evidente.

Hoy se está ampliamente de acuerdo en que por lo menos la "antijuridicidad legal"[43] se debe desligar del concepto de derecho. Sin embargo, ese "argumento de la antijuridicidad"[44] no se puede manejar si el concepto de derecho se determina sólo de manera formal y no positivamente por el contenido. Quien no pueda decir, al menos de forma aproximada, lo que es jurídico, tampoco puede decir lo que es antijurídico.

Lo que hay que retener aquí es que un movimiento que se quiera separar de la ley (similar al movimiento del derecho libre a comienzos de nuestro siglo) en ningún caso puede ser lo que nos hace falta. Como ya se mencionó, una sociedad industrial, altamente compleja, con un sistema económico diferenciado en extremo, no puede renunciar a tener leyes racionales y no podría funcionar si –como sucedía en el derecho natural del siglo XVIII– en detrimento de la ley, cada juez pudiese darle prelación a su "discrecionalidad razonable". Efectivamente no se puede exigir del juez obediencia incondicional, pues esto no se le puede exigir a nadie, una exigencia tal sería inmoral. Con todo, el diagnóstico de las relaciones existentes entre nosotros no puede verse en el sentido de que existiese un peligro agudo con respecto a la ciega observancia de *leges corruptae*. El diagnóstico de la enfermedad es la *absolutización de la ley*. Si miramos la sociedades anteriores al Estado, tampoco en el Antiguo Testamento, ni durante la

---

43 Un estudio detenido en G. Radbruch "Gesetzliches Unrecht" (nota 10).
44 R. Dreier. "Der Begriff des Rechts", en *NJW* 1986, p. 891.

antigüedad griega y romana y, desde luego, tampoco en los siglos impregnados por el cristianismo y el derecho natural. Igualmente, cuando se hablaba de "ley" era más en forma orientada por la situación que en forma normativa-abstracta.

Entretanto, no existe vuelta atrás hacia una comprensión tal de la ley. Lo que hoy, de manera poco afortunada, se denomina ley individual, ley del caso particular o ley medida, tiene de común con la ley en el sentido moderno tan sólo el nombre, pero no el concepto. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha insistido siempre, con razón, en que al concepto de ley le es propia la *generalidad*, es decir, la transcripción jurídicamente típica de un gran número de situaciones, bajo las cuales se subsume una consecuencia jurídica legal[45]. La teoría moderna de la legislación no puede abandonar estas cualidades de la ley bajo ninguna circunstancia.

No se puede tratar, por tal razón, de una supresión de la ley. De lo que se trata, más bien, es del complemento, perfeccionamiento y concretización de la ley; se trata de la realización de su mandato general y por consiguiente todavía no real en la situación histórica. Y en contra de la doctrina del método que heredamos del siglo pasado esto no es un simple acto de aplicación de la ley, que no transforme algo ya sea en la ley o en el caso o en aquel sobre quien se aplica. Puesto que, propiamente (como lo expusimos en el capítulo VI), ni la ley general-abstracta, ni el caso individual-concreto se encuentran en el mismo plano categorial –la ley en el del deber ser, el caso en el del ser– para poder ser subsumidos entre sí, ellos deben, primero, *equipararse* ("teoría de la equiparación"): la ley, por medio de la interpretación, a una "consecuencia jurídica", y el caso, por medio de construcción, a un "supuesto de hecho", con lo cual estos actos no se producen en forma que esté uno junto al otro, o uno detrás del otro, sino en una simultaneidad de relaciones recíprocas (no se puede subsumir un "caso" bajo una "norma", sino tan

45 Ver ya las primeras decisiones del Tribunal Constitucional Federal: *BVerfGE* 10, p. 234; 13, p. 225. Sobre esto, Ch. Starck (Ed.). *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 1986; del mismo, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970. Sobre la idea y sobre el concepto de la ley ver por lo demás H. Eichler. *Das Wesen des Gesetzes*, 1959; del mismo, *Gesetz und System*, 1970; A. Haenel. *Das Gesetz im formellen und im materiellen Sinne*, 1968; E. Wolf. "Der Begriff Gesetz", en *Festgabe für U. Lübtow*, 1970, pp. 109 y ss.; F. Lachmayer/L. Reisinger. *Legistische Analyse der Struktur von Gesetzen*, 1976.

sólo un "supuesto de hecho" bajo una "consecuencia jurídica"). Después de ese acto hermenéutico, tanto la ley como también el caso, y no menos aquel que ha producido la correspondencia, dejan de ser lo que eran antes (esto constituye el núcleo de la *historicidad del derecho*) –aun cuando el jurista rutinario la mayoría de las veces no percibe esas transformaciones. Fundamento de esta comprensión de la norma legal y creación del derecho lo constituye la *analogía entre deber ser y ser.* La norma abstracta del deber ser alcanza en el derecho su concreta existencialidad: "Derecho es la correspondencia entre deber ser y ser"; es, por ende, originalmente análogo[46].

Pero obsérvese bien: la "correspondencia", no la disolución del deber ser en el ser. Ya más arriba se había anotado que también el derecho concreto –y la sentencia judicial es el caso más significativo en el que el derecho deviene concreto– sólo puede ser vinculante cuando aún abarca un contenido normativo, un contenido de deber ser. Tratar, valorar a un ser humano individual, un suceso singular totalmente por sí, sin ninguna relación con otros, no lo pueden hacer ni la ley, ni el derecho, ni la justicia, ni tampoco la equidad; fuera de la arbitrariedad, en el mundo del derecho esto lo puede hacer la *gracia*, "hermana afectuosa del milagro", la cual no conoce de "coacción alguna" (Porzia en *El mercader de Venecia*, de Shakespeare) ni siquiera de la coacción de la justicia[47]. Con relación al hoy dominante perfeccionismo legislativo es significativo que se pretenda regular legalmente también a la gracia, que se pretenda otorgarle un fundamento jurídico (una *iusta causa aggratiandi*)[48]. Al respecto Hegel tenía una muy distinta opinión: "La esfera del derecho es una esfera distinta a la de la gracia [...] Al acontecer de la gracia tan sólo puede corresponder una decisión sin fundamento"[49].

El absolutismo de la ley hoy vigente constituye una de las fuentes de una opinión, muy arraigada entre nosotros, según la cual el derecho como

---

46 A. Kaufmann. *Analogie* (nota 11), pp. 18 y ss.

47 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 9), pp. 329 y ss. = GRGA, T. 2, 1990, pp. 259 y ss.; del mismo, *Gestalten und Gedanken*, 2ª ed., 1954, pp. 41 y ss. = GRGA T. 5, 1997, pp. 145 y ss.; A. Kaufmann. "Recht und Gnade in der Literatur", en *NJW* 1984, pp. 1062 y ss.

48 K. Engisch. "Recht und Gnade", en B. Freudenfeld (Ed.). *Schuld und Sühne*, 1960, pp. 117 y ss.

49 Hegel. *Grundlinien* (nota 3), §§ 132 y 282.

derecho legislado es universal y abarca, por ende, todo lo existente sobre la tierra. Aquí se trata de una cuestión muy diferente a la de si el derecho legislado tiene vacíos: esto se acepta hoy de manera general; más bien se trata de la pregunta acerca de los instrumentos metódicos con los que dichos vacíos pueden ser llenados. La universalidad del derecho, frente a esto, supone que no existe ningún "espacio libre de derecho" sino que, más bien, todo lo que nos sucede se somete a una regulación jurídica: o bien es conforme a derecho y por tanto permitido jurídicamente, o bien, vulnera al derecho y está, por ende, prohibido jurídicamente. Esto, sin embargo, no es acertado. Existen también formas de comportamiento que racionalmente no pueden ser valoradas, ni como jurídicas, ni como antijurídicas. Estos problemas son particularmente controvertidos (sobre eso se hablará con más detalle en el capítulo XV).

V. El desarrollo del concepto de derecho. Una vez más: la construcción escalonada del orden jurídico

Luego de la caída en la perversión legal de las dictaduras modernas no podemos conformarnos más con un concepto de derecho nominalista y puramente formal; de acuerdo con éste el derecho en sentido objetivo no es más que una denominación de conjunto (como un nombre), para la totalidad de las leyes positivas, cuyo contenido es discrecional (en todo caso dentro del marco del orden constitucional). Nosotros necesitamos un *concepto real de derecho*, que indique algo sobre el *contenido del derecho* y sobre su realidad, más allá de la realidad de la ley. Este es el mandato del artículo 20, párrafo 3 GG.

La elaboración de un concepto tal de derecho tropieza con múltiples dificultades. Como ya lo expusimos, se está en lo cierto cuando se afirma que no puede existir una definición estrictamente lógica de derecho, en el sentido de un concepto construido a partir de rasgos unívocos y cerrados[50]. Sólo se puede explicar de forma más o menos precisa lo que se piensa cuando hablamos de derecho. En lugar de pretender introducir, por la fuerza, los

---

50 H. L. A. Hart. *Begriff* (nota 7), pp. 27 y ss.

elementos de un concepto de derecho material en una definición se debe tratar de describirla de la forma más concreta.

Problemático es de qué método se puede uno valer para la explicación de un concepto de derecho material. Se puede pensar en un *análisis filológico* del término derecho. En muchas lenguas el vocablo derecho guarda afinidad con "correcto", "justo": δίχη-διχαιοσύγη, *ius-iustitia*, *juste-justice*, *right-righteousness*, *prawo-prawda*... Seguramente esa similitud lingüística entre derecho y justicia no es una casualidad, pero con ello no obtenemos más que meros criterios vagos. ¿En qué relación se encuentran derecho y justicia? ¿Es más bien una identidad o existen allí diferencias? ¿Es justicia el concepto más general? ¿Existe, en suma, un concepto de justicia, pertenece éste a la realidad?

Se ha intentado con el *método inductivo* en cuanto, a partir de las situaciones reales concretas de la vida y utilizando la generalización de los rasgos esenciales que les son comunes, se aspiraba alcanzar un concepto de derecho general. No obstante, a partir de sucesos fácticos, carentes de valoración, no se obtiene nunca un concepto de derecho, el cual debe ser necesariamente normativo, es decir, debe expresar un deber ser.

Por esta razón se ha aplicado con frecuencia el *método deductivo* que concluye, por el contrario, de lo general a lo particular. De acuerdo con esto, a partir de la idea de derecho (justicia) o a partir de los principios generales (a cada quien lo suyo, regla de oro, obligatoriedad de los contratos, imperativo categórico, principio del juego limpio, principio de tolerancia, principio de responsabilidad, principio de culpabilidad, buena fe, principio de proporcionalidad y otros más)[51], por medio de procedimientos puramente lógicos se pretende llegar hacia la ley general concretizada y luego hacia el derecho concreto. Pero, ¿de dónde proviene el contenido de estos principios generales del derecho o de esta idea de derecho tan abstractos que, sin recurrir a la realidad, proporcionan los fenómenos de derecho concretos y, finalmente, aun los más determinados? Aquí nos topamos con la *construcción escalonada del derecho* ya sometida a deliberación en el capítulo III, II (con lo cual el término "escalonada" debe ser entendido tan sólo metafóricamente). Sobre esto ya se había dicho y se había escrito mucho

---

51 Indicación sobre literatura arriba en el capítulo IV, V, junto con notas 35, 36 y 40.

por parte de Tomás de Aquino y, recientemente, sobre todo, por parte de Adolf Merkel y Hans Kelsen[52]. Según esta doctrina, lo jurídico se desarrolla a partir de la idea de derecho (o dicho de otra forma, a partir de los principios generales del derecho o de la norma fundamental), sobre la norma jurídica (o sea, sobre la ley, la regla) hacia el derecho concreto (es decir, hacia la decisión jurídica). Pero esto no puede funcionar así. Uno tiende, ya en las premisas mayores y los principios, a hacerse cargo de aquello que será inferido después de allí mismo (sofisma naturalista o sofisma de derecho natural[53]).

A partir de la inducción se puede llegar a un concepto de derecho sólo si en secreto se *valoran* los hechos. A partir de la deducción se puede lograr sólo si en las conclusiones se alude en secreto a la *realidad*. Con ello se manifiesta un resultado importante: el derecho tiene relación con el *deber ser* y con el *ser*. Y esto quiere decir que debemos valernos de un método que conste de una *dialéctica entre inducción y deducción*, que tenga *carácter analógico*. Ya Aristóteles, por de contado, había caracterizado la conclusión analógica como una mezcla de conclusiones inductivas-deductivas[54]. Por tal razón la construcción escalonada, mencionada arriba, puede aceptarse sólo bajo dos condiciones: 1. En el proceso de realización del derecho ninguno de los escalones nombrados es prescindible, así que no existe derecho concreto (decisión jurídica) *sin* norma jurídica (no es posible sin criterios de valor); 2. Ningún escalón (entendido en sentido gráfico), puede ser deducido simplemente a partir del (lógicamente) superior más próximo (más general, más abstracto); no existe, por ende, norma jurídica *sólo* a partir de la idea de derecho (*sólo* a partir de los principios del derecho), no existe decisión jurídica *sólo* a partir de la norma jurídica (no es posible sin un momento de realidad).

---

52 Sobre esto Th. Öhlinger. *Der Stufenbau der Rechtsordnung; Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, 1975; J. Behrend. *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkels und Hans Kelsen*, 1977.

53 Sobre la naturaleza circular de nuestro pensamiento (jurídico), A. Kaufmann. "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, pp. 7 y ss.; también en la obra del mismo, autor, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993, pp. 65 y ss.

54 Aristóteles. *Primeros Analíticos* II, 24; *Retórica* I, 1357b. Ver sobre esto A. Kaufmann. *Analogie* (nota 11), especialmente pp. 29 y ss. y arriba 151, 162 ss.

Aquí es importante la segunda tesis, la cual indica que así como ninguna norma puede ser obtenida sólo a partir de la idea de derecho, ninguna decisión jurídica puede ser obtenida únicamente a partir de la norma jurídica. ¿Son la idea de derecho y la ley, por tanto, sólo la posibilidad del derecho, a partir de la cual resulta, empero, su completa realidad?

La respuesta puede ser únicamente la siguiente: a partir de las condiciones de vida concretas que, según la clásica formulación de Dernburg, llevan consigo su medida y su orden, aun cuando en forma más o menos desarrollada[55]. Así como a partir de la idea abstracta de derecho (de los principios generales del derecho) sólo puede surgir la ley concreta (norma jurídica) cuando ella se pone en contacto con las *posibles circunstancias de hecho de la vida por regular*, por tanto, a partir de la ley (norma jurídica, regla jurídica) sólo puede resultar derecho concreto a través del contacto con las *reales condiciones de vida*. Si bien no es posible que a partir del ser, como tal, surja derecho normativo, es menos posible que a partir del deber ser, como tal, se produzca derecho real. Tan sólo allí donde norma y circunstancias de hecho de la vida se colocan entre sí en correspondencia se origina derecho real: *el derecho es la correspondencia entre deber ser y ser*[56]. El derecho es una concordancia, no tienen un carácter substancial, sino un *carácter relacional*; la totalidad del derecho no es, por ende, un complejo de parágrafos, no es una unidad de normas, sino una *unidad de relaciones*.

Si tomamos una vez más la imagen de la "construcción escalonada del orden jurídico", entonces se verá, en seguida, que el camino desde la legislación hasta la decisión jurídica indica una vía de concretización, de positivación, de devenir histórico del derecho. No conduce por un camino "recto" cuando parte de la idea de derecho, sobre la norma, hasta el caso; pero tampoco el camino es "recto" partiendo de las posibles circunstancias de hecho de la vida, sobre el caso, hasta el derecho (tampoco en la dirección contraria); sino que conduce por un camino en "forma de espiral" ("espiral hermenéutica")[57] sobre el cual deber ser (idea de derecho, norma) y ser

---

55 H. Dernburg. *Pandekten*, T. 1, 5ª ed., 1896, p. 87.

56 A. Kaufmann. *Analogie* (nota 11), p. 18.

57 W. Hassemer. *Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, p. 107.

(posibles circunstancias de la vida, caso) son puestos entre sí en correspondencia recíproca[58]. Tal poner en correspondencia supone que el deber ser y el ser sean idénticos en cuanto al "sentido". El "sentido", muy buscado por las doctrinas del método, se encuentra en ambos.

Una etapa previa del concepto de derecho aquí obtenido, sin duda todavía muy general, se encuentra en G. Radbruch, el cual desde una perspectiva que refiere a valores describe al derecho como *la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia*[59]. La relación entre ser (realidad) y deber ser (justicia) es clara. Radbruch concretó más tarde este concepto. El pone de relieve los siguientes elementos: 1. El derecho es una realidad y por ello debe ser positivo (carácter de ser); 2. Como materialización de la idea de derecho, el derecho se erige sobre la realidad restante valorando y exigiendo y, por tanto, en forma *normativa* (carácter de deber ser); 3. En razón de la justicia, el derecho debe establecer igualdad para todos, tiene, por tanto, una naturaleza *general*; 4. La justicia exige realización del bien común, por lo cual el derecho debe ser *social*. En resumen: "Derecho es el compendio de normas positivas generales para la vida social"[60] (aquí, sin embargo, ya no se expresa muy bien la referencia del derecho a valores). En atención a que este concepto de derecho reúne elementos formales (positivo, general) y materiales (normativo, social) se muestra una similitud con el concepto de ley de Tomás de Aquino expuesto más arriba. Además se hace claro que aquí se toma en cuenta una opinión "más allá del derecho natural y del positivismo"[61].

Sería errado considerar esta definición como concluyente. Faltan algunos momentos. Naturalmente, los cuatro elementos se pueden compartimentalizar: positividad significa, ante todo, *seguridad jurídica*, *paz jurídica*; normatividad abarca el *carácter de obligación* del derecho; generalidad significa, sobre todo, *prohibición de la arbitrariedad*, y sociabilidad alude por

---

58 Ver la presentación esquemática de esta "construcción escalonada" en A. Kaufmann. *Analogie* (nota 11), p. 59.

59 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (nota 9), p. 123 = GRGA, T. 2, 1993, p. 255.

60 G. Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1965, p. 34 = GRGA, T. 3, 1990, p. 151.

61 Comparar arriba, capítulo IV.

cierto, también, a que el derecho guarda *proporciones* y no exige demasiado al individuo (Solón).

Con todo, faltan aún dos momentos que se hallan en relación con el concepto de derecho: libertad y coacción. Pues bien, la ley jurídica garantiza *libertad*, precisamente, en razón de su carácter normativo y general; en la medida en que ella vincula, posibilita la libertad general mediante la limitación de la arbitrariedad del individuo. Esta estructura de libertad y de restricción de la libertad se expresa en forma óptima en la "definición" de Kant: "Derecho es el compendio de las condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno se puede conciliar, en suma, con el arbitrio del otro, de acuerdo con una ley general de la libertad"; o bien, el derecho es *el impedimento de un obstáculo a la libertad*[62].

¿Qué tiene que ver esto con el *carácter coactivo* del derecho? Sobre el particular existe un vivo debate. Kant dijo: "El derecho está asociado a la facultad de ejercer coacción"[63], y la mayoría de los positivistas jurídicos se apoyan en esto. A la objeción de que existe derecho que no se puede realizar por medio de la coacción (como el derecho internacional público) se le contrapone que un "derecho" tal, precisamente, no es derecho, con lo cual (según Radbruch) a "la correspondiente mala teoría" se agrega "una mala práctica brusca y grosera"[64]. Quien ve en la coacción un elemento de la esencia del derecho le niega la facultad de fundamentar obligaciones y no está en capacidad de distinguir, por medio de un rasgo material, el derecho de la mera fuerza. Sin duda, allí donde existe derecho es posible ejercer coacción, pero no existe derecho donde existe coacción. La validez del derecho no se puede fundamentar a partir de la coacción, pero se puede exigir del derecho vigente que con él predomine el orden y la paz jurídica, lo que en caso necesario podrá ser realizado coactivamente. Con esta reserva, no se puede objetar nada a la frase de Kant.

---

62 Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, pp. 230 y 231.

63 *Ibid.*, p. 231. Comparar sobre esto M. Köhler. "Zur Begründung des Rechtszwangs im Anschluss an Kant und Fichte", en M. Kalo/E. A. Wolf/R. Zaczyk (Eds.). *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis; Die Deduktion der §§ 1-4 der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie*, 1992, pp. 93 y ss.

64 G. Radbruch. *Republikanische Pflichtenlehre*, 1926, pp. 11 y ss.

Por medio del concepto de derecho así concretizado no es posible fijar ahora, en forma exacta y unívoca, cuál norma jurídica o cuál decisión jurídica constituye, sin lugar a dudas, derecho "correcto". Una afirmación tal puede hacerse, en el mejor de los casos, en forma aproximada. Pero como nosotros no determinamos el concepto de derecho de manera puramente formal sino que en él hacemos recepción de elementos de la realidad, no es un concepto absoluto de derecho, sino un concepto de experiencia, el cual, según Kant, tan sólo vale *a posteriori*, es decir, no exento de errores. Entretanto, podemos, según un antiguo pensamiento de la "filosofía negativa" que en tiempos recientes ha sido retomado y ampliado, ante todo por Karl R. Popper[65], *falsar* y fijar aquello que, por antonomasia, es antijuridicidad o no-juridicidad; *antijuridicidad legal* se presenta, según la conocida fórmula de diferenciación de Radbruch, cuando la ley vulnera exigencias de justicia en una proporción decididamente intolerable, mientras que cuando la ley no aspira de modo alguno a la justicia se trata de *no juridicidad*[66].

En ese sentido, precisamente acerca del interrogante sobre el bien común a garantizar por el derecho, tan sólo raras veces es posible hacer afirmaciones seguras. Si se parte del utilitarismo clásico (Jeremy Bentham, John Stuart Mill; en tiempos recientes el americano Oliver W. Holmes, Roscoe Pound y Lon Fuller) y el propósito principal del derecho se localiza en la obtención de la mayor felicidad posible para el mayor número posible, entonces surge la pregunta sobre cómo se pretende universalizar la felicidad (independientemente de que el derecho no sirva a quienes no son felices). Así, es más bien practicable (y éticamente defendible) un *utilitarismo negativo*, que aspire a la mayor disminución posible de la miseria y de la manera más cuidadosa grave a los hombres con el mínimo restante de miseria[67].

---

65 Sobre todo la obra principal de Popper. *Logik der Forschung*, 9ª ed., 1989 (del inglés).

66 G. Radbruch. *Gesetzliches Unrecht* (nota 10), *passim*.

67 Comparar I. Tammelo. *Zur Philosophie der Gerechtigkeit*, 1982, pp. 127 y ss. Ver también A. Kaufmann. *Negativer Utilitarismus; Ein Versuch über das bonum commune*; 1994; detalladamente adelante, pp. 325 y ss.

CAPÍTULO DÉCIMO

La idea de derecho. Justicia como igualdad (justicia conmutativa). Justicia y equidad

I. LITERATURA

La literatura sobre la cuestión de la justicia, un problema decisivo de la humanidad, destacado durante siglos, es inmensa. A continuación se mencionará sólo una pequeña parte de ella, aquella relacionada con el derecho y de fecha reciente. La lista abarca los capítulos X, XI y XII, pues están estrechamente relacionados. La literatura citada en el acápite III de la introducción, en la que prácticamente sin excepción se discute el tema de la "justicia", no se citará de nuevo.

Bagolini, L. *Justice et Société*, 1995; Baruzzi, A. *Freiheit*, *Recht und Gemeinwohl; Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, 1990; Baratta, A. *Philosophie und Strafrecht*, 1985; Baumann, M. *Recht/ Gerechtigkeit in Sprache und Zeit*, 1991; Bausch, T. *Ungleichheit und Gerechtigkeit; Eine kritische Reflexion des Rawlsschen Unterschiedsprinzips in diskursethischer Perspektive*, 1993; Binder. J. *Rechtsbegriff. und Rechtsidee*, 1915 (reimpr. 1967); Bötticher, E. *Gleichbehandlung und Waffengleichheit*, *Überlegungen zum Gleichheitssatz*, 1979; Brieskorn, N. *Menschenrechte; Eine historisch-philosophische Grundlegung*, 1996; Broekman, J. M. *Recht und Anthropologie*, 1979; Brunner, E. *Gerechtigkeit*, 3ª ed., 1981; Dreier, R. *Recht-Staat-Vernunft*, 1991, pp. 8 ss.: "Recht und Gerechtigkeit"; del mismo, "Was ist Gerechtigkeit?", en *JuS* 1996, pp. 580 ss.; Engisch, K. *Auf. der Suche nach der Gerechtigkeit; Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, 1971; Fikentscher, W. *Wirtschaftliche Gerechtigkeit und kulturelle Gerechtigkeit; Vom Sinn der Kulturvergleichung in Anthropologie*, *Wirtschaft und Recht*, 1997; Gallwas, H.-U. *Grundrechte*, 1985; Gramsch, W. *Billigkeit im Recht*, 1921; Habermas, J. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992; Hilgendorf, E. "Der ethische Utilitarismus und das Grundgesetz", en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuG*, Vol. 4), 1996, pp. 249 ss.; Höffe, O. *Politische Gerechtigkeit; Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987; Hollerbach, A. "Reflexionen über Gerechtigkeit", en N. Brieskorn/J. Müller (Eds.). *Gerechtigkeit und soziale Ordnung*; Festschrift für Walter Kerber, 1996, pp. 42 ss.; Jacoby, Sigrid. *Allgemeine Rechtsgrundsätze*, 1997; Jørgensen, S. *Ethik und Gerechtigkeit*, 1980; del mismo, *On Justice and Law*, 1996; Kaufmann, A. *Theorie der Gerechtigkeit*, 1984; del mismo, *Gerechtigkeit; der vergessene Weg zum Frieden*, 1984; del mismo, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1989; del mismo, *Über Gerechtigkeit; Dreissig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, 1993; Kelsen, H. *Was ist Gerechtigkeit?*, 2ª ed., 1975; Kerber, W. (Ed.). *Menschenrechte und kulturelle Identität*, 1996 (con contribuciones de O. Höffe, W. Pannenberg, H. Scholler, W. Schild); Kern, L. y otros (Eds.). *Gerechtigkeit; Diskurs oder Markt?; Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, 1986; Kramer, R. *Soziale Gerechtigkeit; Inhalt und Grenzen*, 1992; Koch, H. J./M. Köhler/K. Seelmann (Eds.). "Theorien der Gerechtigkeit", en *ARSP*-Beiheft 56, 1994; Kriele, M. *Kriterien der Gerechtigkeit*, 1963; Lampe, E.-J. *Rechtsanthropologie*, 1970; Larenz, K. *Richtiges Recht; Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979; Leisner W. *Der Gleichheitsstaat; Macht durch Nivellierung*, 1980; Luhmann, N. "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", en *Rth* 4 (1973), pp. 131 ss.; del mismo, "Der Gleichheitssatz als Form und als Norm", en *ARSP* 77 (1991), pp. 435 ss.; Maihofer, W. "Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit", en *ARSP*-Beiheft 39, 1991, pp. 34 ss.; Marcic, R./I. Tammelo *Naturrecht und Gerechtigkeit*, 1989; Nickel, R. "Gleichheit in der Differenz?; Kommunitarismus und die Legitimation des Grundgesetzes", en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von*

Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie (*IStudRuG*, Vol. 4), 1996, pp. 395 ss.; Ollero, A. "Gleichheitsprinzip und Rechtstheorie", en E. G. Valdés (Ed.). *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, 1990, pp. 155 ss.; G. Orsi/K. Seelmann, St. Smid, U. Steinroth (Ed.). *Gerechtigkeit* (Rechtsphilosophische Hefte 2), 1993; del mismo (Ed.), *Prinzipien des Rechts* (Rechtsphilosophische Hefte 6), 1996; Papageorgiou, K. *Schaden und Strafe; Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, 1994; Perelman, Ch. *Über die Gerechtigkeit* (del francés), 1967; Pospisil, L. *Anthropologie des Rechts; Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*, 1982; Rawls, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (del inglés), 5ª ed. (alemana), 1990; del mismo, *Gerechtigkeit als Fairness* (ed. de O. Höffe), 1977; del mismo, *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1992; Ricoeur, P. *Liebe und Gerechtigkeit* (del francés), 1990; Robbers, G. *Gerechtigkeit als Rechtsbegriff*, 1980; Rousseau, J. J. *Diskurs über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen*, 1755 (del francés), 1984; Rüfner, W. "Der allgemeine Gleichheitssatz als Differenzierungsgebot", en B. Ziemske y otros (Eds.). *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*; Festschrift für Martin Kriele, 1997, pp. 271 ss.; Rümelin, M. *Die Gerechtigkeit*, 1920; del mismo, *Die Billigkeit im Recht*, 1921; del mismo, *Die Rechtssicherheit*, 1924; Rüthers, B. *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, 1991; Schmidt, J. *Gerechtigkeit*, *Wohlfahrt und Rationalität*, 1991; Scholz, F. *Die Rechtssicherheit*, 1955; Schramm, T. *Recht und Gerechtigkeit; Aspekte und Dimensionen des Verhältnisses zwischen Bürger und Staat*, 1985; Schweidler, W. *Geistesmacht und Menschenrecht; Der Universalanspruch der Menschenrechte und das Problem der Ersten Philosophie*, 1994; Spendel, G. "Die Goldene Regel als Rechtsprinzip", en *Festschrift für Fritz v. Hippel*, 1967, pp. 491 ss.; Stranzinger, R. *Gerechtigkeit; eine rationale Analyse*, 1988; Stratenwerth, G. "Wie wichtig ist Gerechtigkeit?", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 353 ss.; Tammelo, I. *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, 1971; del mismo, *Theorie der Gerechtigkeit*, 1977; del mismo, *Zur Philosophie der Gerechtigkeit*, 1982; Troller, A. *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, 1965; Walzer, M. *Sphären der Gerechtigkeit; Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit* (del inglés), 1992; Welzel, H. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962 (reimpr. 1980); Winstanley, G. *Gleichheit im Reiche der Freiheit* (ed. de H. Klenner, del inglés), 1986; Wollstonecraft, Mary. *Verteidigung der Menschenrechte 1790* (ed. de H. Klenner, inglés y alemán), 1996; Zacher, H. F. *Abhandlungen zum Sozialrecht* (ed. de B. Baron von Maydell/E. Eichenhofer), 1993.

II. LA IDEA DE DERECHO

Lo que debemos entender por idea de derecho sigue aún sin esclarecerse. ¿Es algo real o (sólo) ideal? ¿Es un axioma, una hipótesis, una norma fundamental, un principio regulativo o una condición trascendental para el derecho en general? Me parece que la idea de derecho no se debería colocar demasiado en alto, sino comprenderla como "modelo" de la idea del hombre en su triple configuración: el hombre como ser autónomo (como creador de derecho), como fin de su mundo (y por tanto también del derecho) y como ser heterónomo (sometido al derecho). (El esquema 5 no

exige una lectura "desde arriba", es más apropiado leerlo "desde abajo": lo primario es el hombre, lo secundario es la idea de derecho). Como se quiera, existe un amplio consenso en que la idea de derecho es el más alto valor jurídico. Y ese valor supremo es la justicia. Pero, ¿qué es la justicia?

Aquello que es la justicia, aún menos que lo que es la idea de derecho, es imposible expresarlo en una definición exacta y concluyente. La justicia es un concepto fundamental completamente irreductible de la ética, de la filosofía social y del derecho, así como de la vida política, social, religiosa y jurídica. Según la concepción teológica filosófica, la justicia se determina como la segunda de las cuatro virtudes cardinales: prudencia, justicia, entereza, mesura (con lo cual las virtudes subsiguientes siempre presuponen la(s) virtud(es), primordial(es)). Muy en especial la democracia está comprometida con la forma fundamental de la justicia: el principio de igualdad, su más alta idea directriz. Igualdad es el *ethos* de la democracia. Piénsese en los clásicos del pensamiento democrático, Pericles, Solón, Tocqueville...

Tradicionalmente se distingue: 1. *Justicia objetiva*, el máximo principio para la fundamentación de órdenes normativos, de instituciones y sistemas sociales (derecho, estado, economía, familia...); 2. *Justicia subjetiva*, una virtud que se expresa mediante la fórmula acuñada por el derecho romano y por Cicerón: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*[1]. A continuación se tratará, en primera línea, de la justicia objetiva.

A la pregunta sobre lo que es la justicia se responde con frecuencia: núcleo de la justicia es la *igualdad*. Esto, empero, significa: si la igualdad es el núcleo de la justicia no lo es, por lo visto, de la totalidad de la justicia. Entretanto, en la época posterior a Kant, en especial con el positivismo, se redujo la justicia exclusivamente al principio de igualdad, es decir, a la proposición según la cual lo igual se debe tratar de igual manera y lo desigual, por su parte, de manera diferente. Este principio, por completo formal, se consideró seguro científicamente; los contenidos de justicia, por el contrario, no pueden ser, según se dice, objeto de la ciencia, éstos pertenecen a la política; así lo enseñó en particular Hans Kelsen. Significativa es la pregunta

---

1 Ulpiano. *Instituta*, I, 1, pr.; Cicerón, *De officiis* I, V. Esta fórmula fue retomada más tarde, en parte de manera literal, por Tomás de Aquino. *SummaTheologica* II, II, 58, 1.

retórica de Kelsen: ¿Qué es justicia? –eso no lo sabemos ni lo sabremos nunca–[2]. La filosofía del derecho, la doctrina de la justicia, se limitan a lo formal.

Un cambio se presenta con Gustav Radbruch, quien retoma de nuevo la reflexión filosófica sobre contenidos. Pero también Radbruch fue neokantiano, consideró como seguras tan sólo las afirmaciones acerca de lo formal. En relación con los contenidos, se mantuvo dentro del relativismo filosófico jurídico o teórico valorativo. Sobre los distintos aspectos de la idea de derecho (ver esquema 5) y sus relaciones recíprocas no existen, de acuerdo con Radbruch, *conocimientos*, tan sólo *credos* (con más precisión: la ciencia debe mostrar las *posibles* afirmaciones racionales, por ejemplo, en relación con los contenidos de la justicia, y prepararlas para la *decisión*). En tiempos pasados, Radbruch se refirió expresamente a las "antinomias de la idea de derecho"[3]. También para Radbruch la justicia es, entonces, igualdad. Pero él no se detuvo allí. Puesto que el principio de igualdad es tan sólo de naturaleza formal, se requiere un principio material. Radbruch no lo concibe como inmanente a la justicia; en forma separada y bajo la designación de "finalidad", lo coloca junto a la justicia y junto a la seguridad jurídica, que es indispensable, por cuanto la finalidad material sólo vale de manera relativa y depende, en consecuencia, del poder en tanto *determina* aquello que *no se puede establecer* científicamente. Con posterioridad, Radbruch modificó en forma significativa su doctrina de la idea de derecho y caracterizó justicia (igualdad), finalidad y seguridad jurídica como las "tres facetas de la idea de derecho", que dominan de consuno al derecho en todos sus aspectos y cuyas contradicciones no pueden ser entendidas como antinómicas sino como un "conflicto de la justicia con ella misma". A partir de este momento Radbruch se vio obligado a presentar un "orden de prelación de las ideas valorativas"[4].

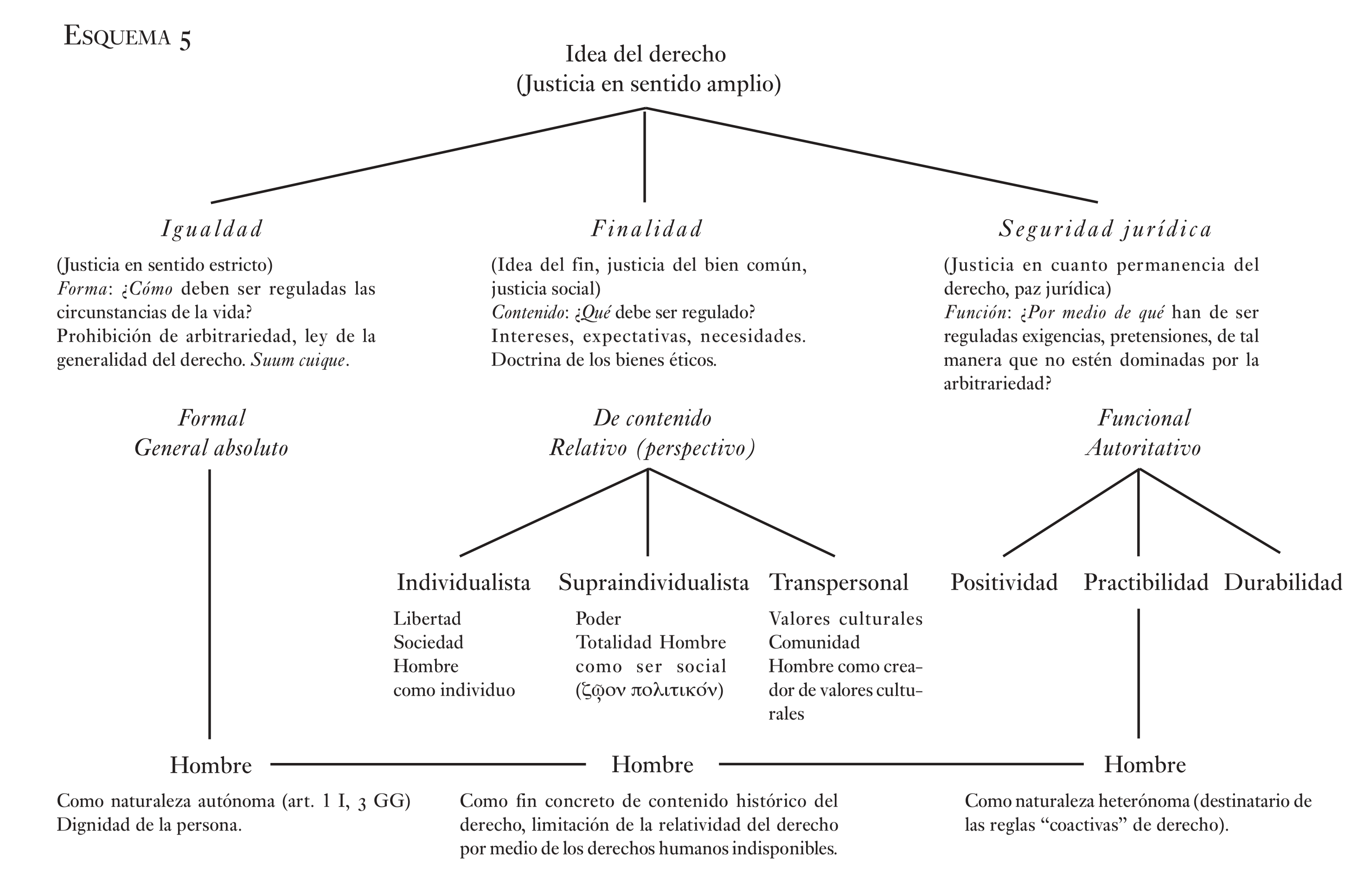
---

2 Hans Kelsen. *Was ist Gerechtigkeit?*, 2ª ed., 1975.

3 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, pp. 164 y ss. = GRGA, T. 2, 1993, pp. 302 y ss.

4 G. Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1965, pp. 32 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 149, y también, del mismo, *Die Problematik der Rechtsidee* (1924) = GRGA, T. 2, 1993, pp. 460 y ss.

Esquema 5



Idea del derecho
(Justicia en sentido amplio)
Igualdad
(Justicia en sentido estricto)
Forma: ¿*Cómo* deben ser reguladas las circunstancias de la vida?
Prohibición de arbitrariedad, ley de la generalidad del derecho. *Suum cuique*.
Finalidad
(Idea del fin, justicia del bien común, justicia social)
Contenido: ¿*Qué* debe ser regulado?
Intereses, expectativas, necesidades.
Doctrina de los bienes éticos.
Seguridad jurídica
(Justicia en cuanto permanencia del derecho, paz jurídica)
Función: ¿*Por medio de qué* han de ser reguladas exigencias, pretensiones, de tal manera que no estén dominadas por la arbitrariedad?
Formal
General absoluto
De contenido
Relativo (perspectivo)
Funcional
Autoritativo
Individualista
Libertad
Sociedad
Hombre
como individuo
Supraindividualista
Poder
Totalidad Hombre
como ser social
(ζῷον πολιτικόν)
Transpersonal
Valores culturales
Comunidad
Hombre como creador de valores culturales
Positividad
Practibilidad
Durabilidad
Hombre
Como naturaleza autónoma (art. 1 I, 3 GG)
Dignidad de la persona.
Hombre
Como fin concreto de contenido histórico del derecho, limitación de la relatividad del derecho por medio de los derechos humanos indisponibles.
Hombre
Como naturaleza heterónoma (destinatario de las reglas “coactivas” de derecho).

De lo anterior se desprende, y puede verse en el esquema 5, que la justicia (en sentido amplio) tiene tres aspectos: la *igualdad* (justicia en sentido estricto), la *finalidad* (de acuerdo con otra terminología: la justicia del bien común o justicia social) y la *seguridad jurídica* (paz jurídica). La igualdad representa la *forma* de la justicia; la finalidad, su *contenido*, y la seguridad jurídica, su *función*.

Lo explicado precedentemente ha de ser corregido de nuevo ahora. La distinción según forma, contenido y función de la justicia obedece a la necesidad de una clasificación sistemática de los aspectos de la justicia. En realidad justicia es siempre, a un mismo tiempo, forma, contenido y función. La realización de igualdad y de bienestar común es también función de la justicia; el principio de igualdad es impensable totalmente sin contenido; lo mejor para la comunidad no se puede determinar sin forma; la seguridad jurídica tampoco existe por sí; seguro sólo puede ser el derecho que satisface el principio de igualdad y la justicia del bien común. La clasificación que surge de aquí no significa, por tanto, una distinción en cuanto a la esencia de la justicia sino, más bien, una forma diferente de marcar el acento.

III. JUSTICIA COMO IGUALDAD

1. *¿Objeto o proceso?*

La pregunta sobre la justicia se mueve en dos direcciones: 1. *¿Qué* es la justicia?, y 2. *¿Cómo* se reconoce, o mejor, *cómo* se realiza la justicia? Es un problema cuasi ontológico y epistemológico. Por mucho tiempo se creyó, y algunos todavía lo creen, que estas dos preguntas, aquella sobre el *qué* del contenido de la justicia y aquella sobre el *cómo* del conocimiento de la justicia, se podían tratar y responder de manera totalmente independiente. La justicia se representaba como un objeto substancial, como un *objeto* que se encuentra frente a nuestro pensamiento y es captado por el "sujeto" en su pura objetividad. Se cree que el conocimiento no está mediado por el sujeto que conoce. Aún hoy se leen y se escriben, por tanto, "filosofías del derecho", de un lado, y, del otro, "doctrinas del método", y se colocan unas junto a las otras sin que lleguen siquiera a rozarse.

Pero el esquema epistemológico sujeto-objeto pertenece al pasado, esto incluso en las ciencias naturales explicativas, y mucho más en las ciencias hermenéuticas de comprensión. Por eso, en tiempos recientes se han

impuesto más y más *teorías procedimentales de la justicia*, las cuales comprenden a la justicia, y de tal manera también al "derecho correcto", en tanto que producto del proceso de creación jurídica; la cuestión es "sólo" si exclusivamente como un producto tal o si ese proceso tiene un fundamento objetivo ("ontológico", lo que no debe significar "ontológico substancial").

Sobre las teorías procedimentales de la justicia, tema de importancia central en la filosofía del derecho moderna, se hablará con detalle en el capítulo XVIII del presente libro (léanse también las observaciones en la Introducción).

2. *Igualdad, similitud, equiparación*

El principio de igualdad es, como se expuso, ante todo, puramente formal. Sólo establece *que* lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual, análogamente, en forma desigual. No explica *qué* es igual o bien desigual (esta cuestión es importante para la construcción del supuesto de hecho legal) y *cómo* se debe tratar a los iguales o bien a los desiguales (esta pregunta concierne, sobre todo, a la ordenación de las consecuencias jurídicas). Y en relación con esto es evidente que nada en el mundo es del todo igual o diferente a otra cosa, sino siempre, según la medida de un punto de comparación (*tertium comparationis*; así, por ejemplo, la *ratio iuris*), más o menos *similar* o *diferente* (por eso, en lugar de la analogía, lógicamente siempre es posible también la conclusión inversa). Igualdad es abstracción de desigualdad; y ésta, a su vez, es abstracción de igualdad. No existen fronteras lógicas entre igualdad y similitud; igualdad material es siempre sólo similitud en relación con...

Sin duda, la igualdad es invariablemente un acto de *equiparación*, y este acto no reposa sólo en conocimiento racional, sino significa, siempre y sobre todo, una *decisión*, *poder*[5]. Un ejemplo: en virtud de su autoridad el legislador asimila, en relación con la capacidad de contratar, respectiva-

---

5 Sobre la equiparación de desiguales, según una medida de criterio que se manifiesta como esencial, ver en detalle A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, pp. 18 y ss., especialmente 26 y ss. Sobre el principio de igualdad, en especial sobre la igualdad y la justicia social, ver también H. F. Zacher. "Soziale Gleichheit;

mente, infantes a partir de su nacimiento hasta los siete años; menores de edad, desde los siete años hasta los 18, y mayores de edad a partir de los 18 años, a pesar de que un niño de siete años se diferencia, por lo general, considerablemente de un joven de diecisiete, justamente en lo que se refiere a su capacidad de obrar. En la relación con estos tres grupos entre sí se presentan de nuevo desigualdades: un joven un día antes de cumplir sus dieciocho años y otro un día después de sus dieciocho años son desiguales conforme a la ley. O mejor, ningún asesino es igual a otro y sin embargo todos son tratados en forma igualitaria; es decir, todos son castigados con la pena perpetua de privación de la libertad. O miremos otro ejemplo: hoy se habla mucho de los "derechos de la naturaleza", en especial, de los derechos de los animales. ¿Hasta qué punto y en qué relación (acaso capacidad de sufrimiento) son los animales (¿cuáles animales?) similares o diferentes al hombre?[6].

El quinto libro de la *Etica a Nicómaco* de Aristóteles constituye, aún hoy, el punto de partida de todas las reflexiones acerca del problema de la justicia. Núcleo de la justicia es, así lo enseñó él, la igualdad. Pero, mientras que mucho después la justicia fuera entendida como formal y numérica (por ejemplo Kant: "Si él ha asesinado, entonces debe morir..., esto supone la justicia como idea del poder judicial conforme a leyes generales, fundadas *a priori*")[7], Aristóteles la concibió, en forma más adecuada, como algo proporcional, geométrico, analógico. Lo igual es un punto medio y, según esto, la justicia es lo proporcional. Proporción exige una medida, analogía, un *tertium comparationis*. Aristóteles denominó a este determinante la "dignidad". Es claro que con esto se abordó el punto cardinal, pero también toda la problemática de la justicia[8].

Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip", en *AöR* 93 (1968), pp. 341 y ss.

6 Sobre esto comparar A. Kaufmann. "Gibt es Rechte der Natur?", en *Festschrift für Günter Spendel*, 1992, p. 59 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 369 y ss. Ver sobre este tema también más adelante, pp. 521 a 528.

7 Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia pp. 333 y ss.

8 Aristóteles. *Etica a Nicómaco*, 1130 b hasta 1133 a. Sobre este tema ver M. Salomon. *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles*, 1937. Ya Platón se había pronunciado muy agudamente en el *Parménides* sobre la similitud y la diferencia, 144 a y ss., especialmente 147 c, 149 c, 161 a-d.

Igualdad es, por tanto, igualdad de relaciones, algo correspondiente, algo análogo. El carácter analógico del ser (éste no se fundamenta necesariamente en la doctrina teológica de la *analogia entis* = problema de Dios) es el supuesto para que podamos llegar a un orden en nuestro conocimiento y en nuestras relaciones. Si todo fuese uno no existirían diferencias; entonces no tendría sentido, en efecto sería imposible, construir palabras y normas diferentes. Si no hubiese, por otra parte, nexos en las cosas, entonces deberíamos tener un nombre especial para cada cosa y una norma particular para cada acción. Orden existe sólo en razón de la analogía del ser que representa un medio entre identidad y diferencia, entre igualdad absoluta y diferencia absoluta (recuérdese, una vez más, la frase de Goethe, arriba en la p. 81).

3. *Clases de igualdad*

Ya Aristóteles distinguió, de manera determinante hasta hoy, dos clases de justicia dentro de las cuales la igualdad se manifiesta en dos formas diferentes: la *justicia compensatoria* (*iustitia commutativa*) y la *justicia de distribución* (*iustitia distributiva*). La compensatoria es la justicia entre los desiguales por naturaleza, pero iguales ante la ley; significa la igualdad absoluta de prestación y contraprestación entre los que la ley ha colocado en igualdad de posición (mercancía y precio, daño y reparación). La distributiva, por el contrario, se refiere a la igualdad proporcional en el tratamiento de una pluralidad de personas: la repartición de derechos y deberes conforme a medida de dignidad, capacidad, necesidad, culpa (respectivamente como $6 \div 3 = 4 \div 2$ se comporta el asesinato con respecto al robo y la prisión perpetua con respecto a la privación limitada de la libertad). La justicia distributiva es la forma primigenia de la justicia, pues la justicia conmutativa del derecho privado supone un acto público de la justicia distributiva; por ejemplo, la concesión de un determinado *status*, *v. gr.*, la personalidad jurídica o la capacidad de contratación. De esta manera, se hace posible la fórmula del *suum cuique tribuere*, no entendida como igualdad uniformadora, que otorga a cada uno lo mismo, sino en el sentido de dar a cada uno lo suyo, es decir, la oportunidad para realizar lo que en él mismo existe de posibilidades positivas.

Tomás de Aquino complementó el sistema aristotélico con una tercera forma de justicia: la *justicia legal* (*iustitia legalis*)[9]. Esta pone de relieve el deber del individuo frente a la comunidad; por ejemplo, el deber electoral, el deber judicial, el deber de hacer un uso social de la propiedad. Los esquemas 6 y 7 sirven para ilustrar lo anterior. Del esquema 7 se desprende que la justicia distributiva es propia del *derecho público*, mientras que la justicia conmutativa es propia del *derecho privado.* La justicia legal penetra ambos y los vincula, en donde se manifiesta, así mismo, la forma particular del *derecho social*.

Añadamos una palabra más sobre el *principio del suum cuique tribuere.* Este se relaciona estrechamente con el mandamiento ético, es decir, con el *mandato de tolerancia* y es un principio muy antiguo. Ya en tiempos de los presocráticos Anaximandro (alrededor del 610 a. C.) enseñó: "Todo lo que es, es también a modo de existencia en orden, y esto significa que con la existencia se da, igualmente, un derecho a ser, y a ser así como uno es; un derecho a la autodeterminación según el propio ser, respectivamente. Se tiene, entonces, que dejar que el otro sea lo que es y como es"[10].

Esto lo leemos y lo oímos fácilmente, pero cuán difícil nos resulta, sin embargo; así como difícil nos resulta el mandamiento de tolerancia. ¿Debemos permitir a quien está dispuesto al crimen que sea lo que es y como es? Indiscutiblemente no; sin embargo, debe ser llamado a responder dentro de las más estrictas cautelas del Estado de derecho y sólo en un adecuado proceso jurídico-estatal (¡*in dubio reo*!). En todo caso, se tiene que permitir a personalidades "anormales", por ejemplo, a quien tiene incli-naciones homosexuales (¿a quién se considera todavía hoy, en resumidas cuentas, "anormal"?), ser lo que es y como es, cuando no le es posible identificarse con lo "normal".

---

9 Tomás de Aquino. *Summa Theologica* II, II, pp. 57 y ss.

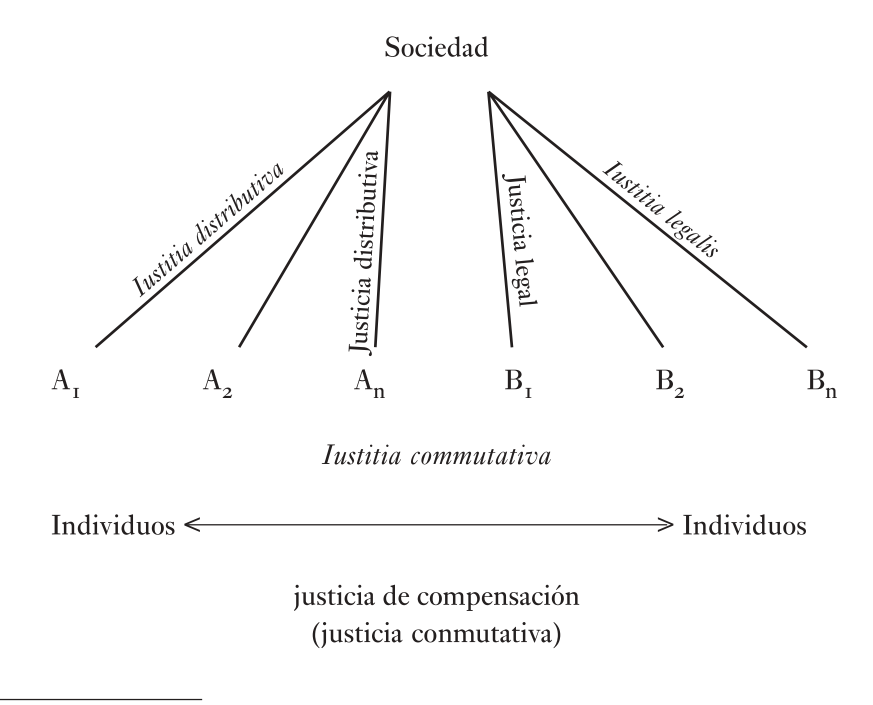
10 Sobre esto en detalle Erik Wolf. *Griechisches Rechtsdenken*, T. 1, 1950, pp. 226 y ss., especialmente 233 y ss.

IV. JUSTICIA Y EQUIDAD

Aristóteles también reflexionó sobre la relación entre *justitia* y *aequitas*. Lo hizo, por lo demás, en forma muy atinada[11]. La equidad se ha caracterizado de manera predominante como la "justicia del caso concreto". Esta tiene en la práctica un papel muy importante. En el derecho angloamericano, derecho de casos por excelencia y no derecho legislado, la jurisprudencia sobre *equity* se ha convertido en una institución dentro de la totalidad del orden jurídico y su significado difícilmente puede ser subestimado.

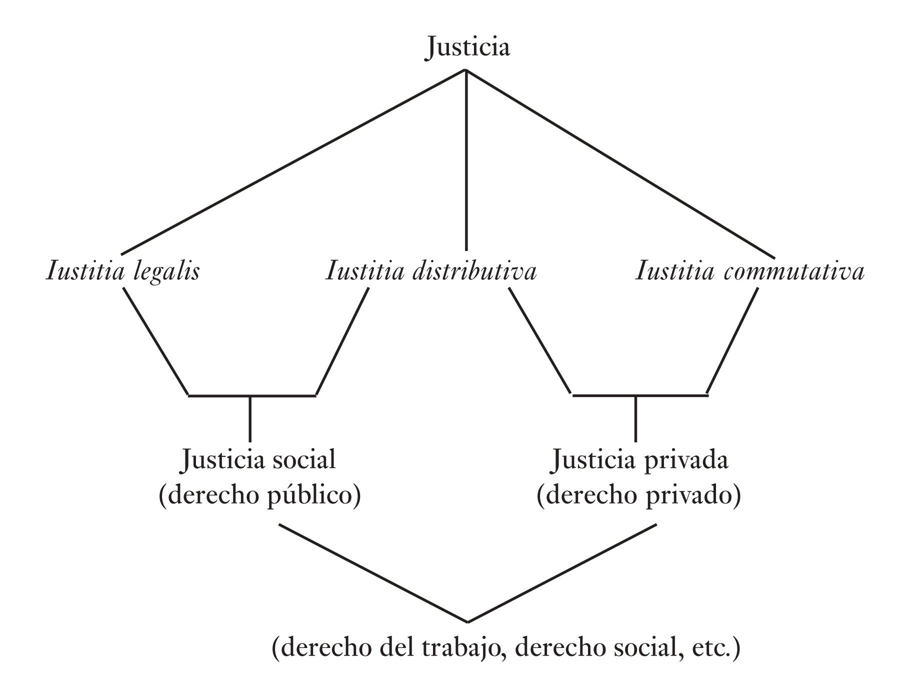
El problema radica en cómo se puede, en suma, conducir la equidad hacia una confrontación con la justicia, allí donde la justicia es, con todo, el más alto valor jurídico; ¿o es que finalmente no lo es?

ESQUEMA 6



11 Aristóteles. *Etica a Nicómaco*, 1137 a hasta 1138 a.

Esquema 7



Aristóteles conocía dicho dilema. Pensaba, por una parte, que la equidad es mejor que el derecho legislado, pero no lo es en el sentido de pertenecer a un género diferente. Ahora los pasajes decisivos literalmente: "La dificultad se origina en que la equidad es, en efecto, un derecho, mas no en cuanto derecho legislado, sino una corrección del mismo. La causa de estas dificultades es que la ley es siempre general y sobre algunos objetos no es posible emitir disposiciones correctas por medio de normas. En todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo del todo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que se disimulen los vacíos que deja[12]. Este procedimiento no es incorrecto. Pues el error no reside en la

12 Τὸ γὰρ ἁμάρτημα οὐχ ἐν τῷ νόμῳ ἐν τῷ νομοθέτῃ ἀλλ' ἒν τῇ φύσει τοῦ πράγματὸς ἐστιν.

ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa... Por consiguiente, cuando la ley dispone en forma general, pero sucede un caso *in concreto*, no contemplado en la disposición general, entonces –puesto que el legislador dejó de considerar este caso y, hablando en general, cometió un error–, se procede correctamente cuando su falta se corrige, tal como lo haría el legislador mismo si tuviese el caso ante sí o cuando, de haberlo conocido, lo habría contemplado en la ley"[13].

No es por tanto acertado que la equidad sea la "justicia del caso concreto". Toda norma debe generalizar[14]. Una "norma" que concretiza, una "norma" propia para éstos, otra "norma" propia para aquéllos, una tercera "norma" propia para los terceros, es en sí una contradicción, eso no son normas. Por supuesto, la generalización puede presentarse con diferente amplitud, la norma no tiene que valer siempre para todas las personas, pero sí para todos los menores de edad, para todos los comerciantes, para todos los asesinos. Y en este aspecto se diferencian justicia y equidad, desde el punto de vista del legislador, de un lado, y desde el punto de vista del juez, del otro: aquél parte de la norma general hacia el caso (deducción), éste parte del caso concreto hacia la norma general (inducción).

Un suceso singular, como considerar y valorar a un individuo íntegramente por sí, eso tampoco lo puede hacer la equidad. Sólo lo puede hacer la *arbitrariedad* y –paradójicamente– la *gracia*, con respecto a la cual la justicia se excluye, pues la gracia permite que su sol alumbre con igual resplandor sobre justos e injustos, mientras que la justicia y no menos la equidad *tienen que repartir a cada quien lo suyo en relación con los otros* (así se confirma de nuevo el pensamiento sobre el carácter de relación del derecho).

---

13 Esta última frase ha experimentado en nuestro tiempo una igualmente famosa resurrección, y por cierto en el artículo 1º párrafo 2 del Código Civil suizo (redactado por Eugen Huber), en donde se establece que en caso de un vacío de ley (ante el silencio de la ley y de la costumbre) el juez debe decidir de acuerdo con la regla que él como legislador habría expedido. ¡El juez como legislador! Ver también arriba en el esquema 3, p. 174.

14 En detalle A. Kaufmann. "Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken", en *ARSP*-Beiheft 45 (1992), pp. 77 y ss.; también en la obra del mismo autor, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 327 y ss.

V. DIGRESIÓN: EL CASTIGO JUSTO

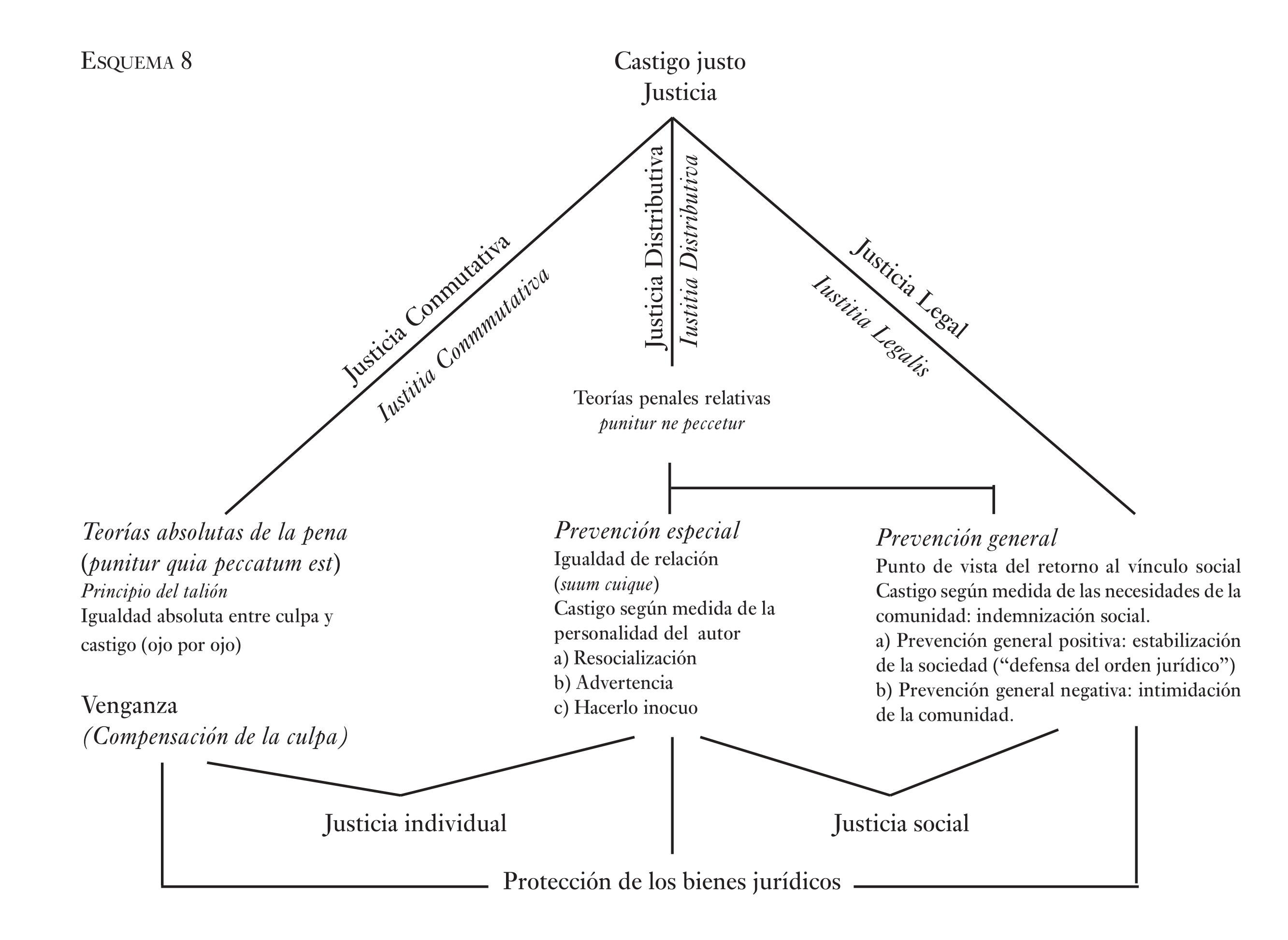
Sobre la "justicia en general" se pueden decir todavía algunas cosas más. Explicaciones que ostentan, sin embargo, un grado bastante alto de abstracción. En lugar de proseguir con esa clase de presentación quiero ilustrar, por último y a través de un ejemplo, la manera como se enlazan las diversas formas de justicia. Escogí el ejemplo del "castigo justo", pues tan diferentes como puedan ser las distintas teorías sobre la punibilidad, todas ellas confluyen en el intento por fundamentar un castigo justo. Este ejemplo sirve además para describir, de manera muy expresiva, las doctrinas clásicas de la justicia. En ningún caso se puede pensar que Aristóteles ya hubiese solucionado todos nuestros problemas actuales. No se trata de eso. Pero tales modelos clásicos pueden servir, bajo ciertas circunstancias, para ordenar los argumentos y contra-argumentos en las múltiples discusiones cotidianas y procurar claridad para sí y para los demás, cualquiera que sea el nivel en el que se argumenta. Las explicaciones que se presentan a continuación no contienen ninguna solución por patentar; ellas pueden, así lo pienso, proporcionar claridad sobre la discusión actual en torno a las teorías punitivas. El esquema 8 constituye el fundamento y facilita la comprensión, sin que sea necesario acudir a extensas dilucidaciones.

Como ya se ha comentado, Kant entendió la igualdad de modo numérico y formal, por tanto, en el sentido del *principio del talión*. Lo igual debe retribuirse con lo exactamente igual: ojo por ojo, diente por diente; "él asesinó, entonces debe morir; aquí no existe ningún sustituto para satisfacer la justicia"[15]. En relación con esto Aristóteles tuvo una concepción diferenciada y más pertinente de la justicia como igualdad. No se trata en forma decisiva de la igualdad numérica, sino de la igualdad proporcional,

---

15 Kant. *Metaphysik der Sitten* (nota 7), p. 333. La *pena de muerte* no se compadece con el sistema de penas de privación de la libertad y de multas, es una reliquia que proviene de tiempos ampliamente superados. No se sabe por qué todavía está vigente, incluso, en sociedades modernas; así, por ejemplo, en algunos de los estados federados de Estados Unidos y en Japón, en donde el antiguo maestro de la ciencia japonesa del derecho penal Shigemitsu Dando se ha esforzado sin tregua por su eliminación, hasta ahora, desafortunadamente, en vano (por último, desde luego en idioma japonés: *Toward the Abolition of the Death Penalty*, 1997).

Esquema 8


Castigo justo
Justicia
Justicia Conmutativa
Iustitia Conmmutativa
Justicia Distributiva
Iustitia Distributiva
Justicia Legal
Iustitia Legalis
Teorías penales relativas
punitur ne peccetur
Teorías absolutas de la pena
(punitur quia peccatum est)
Principio del talión
Igualdad absoluta entre culpa y castigo (ojo por ojo)
Venganza
(Compensación de la culpa)
Prevención especial
Igualdad de relación
(suum cuique)
Castigo según medida de la personalidad del autor
a) Resocialización
b) Advertencia
c) Hacerlo inocuo
Prevención general
Punto de vista del retorno al vínculo social
Castigo según medida de las necesidades de la comunidad: indemnización social.
a) Prevención general positiva: estabilización de la sociedad ("defensa del orden jurídico")
b) Prevención general negativa: intimidación de la comunidad.
Justicia individual
Justicia social
Protección de los bienes jurídicos

geométrica, relacional[16]. Lo igual es un punto medio, dice él, un punto medio entre lo mucho y lo poco. Puesto que lo igual es un punto medio, también el derecho es un punto medio y, en consecuencia, algo proporcional.

Para Aristóteles la forma determinante de la justicia es, por consiguiente, la *justicia distributiva*, la igualdad proporcional en el trato de una pluralidad de personas: el reparto de derechos y deberes de acuerdo con la medida de dignidad, capacidad, necesidad... la justicia distributiva es, en otras palabras, el principio del *suum cuique tribuere*, ella es la forma primigenia de la justicia.

Si se comparte con Aristóteles que para el derecho lo esencial es la justicia distributiva y, por ende, la igualdad proporcional (y son muchos los motivos de peso a favor), entonces la finalidad principal de la pena es la *prevención especial* y, así, en primera línea, la resocialización. Al actor del delito se le proporciona "lo suyo", lo necesario para que en el futuro pueda vivir discretamente en el seno de la comunidad jurídica y no reincida en el delito. *Nemo prudens punit*, *quia peccatum est*, *sed ne peccetur*, decía Séneca. Todo jurista conoce esa máxima, mas no todos saben que ya Platón la había pronunciado muchos años atrás[17]. Lo necesario para su resocialización puede significar, entretanto, también una renuncia al castigo, por lo menos a su consumación, lo que no es posible bajo el aspecto de la justicia compensatoria (venganza), pues aparecería como injusto. Kant hizo énfasis en esto.

Hoy la palabra clave es *estabilización de la sociedad*. Y así nos encontramos ante la *justicia legal*, aquella que Aristóteles concibió incorporada en la justicia distributiva. Su distintivo especial lo constituye claramente el momento de la obligación del individuo frente a la comunidad: la propiedad habilita, pero también implica obligaciones. Sin duda, quien ha vulnerado el orden jurídico también tiene deberes frente a la sociedad. Debe soportar una carga, que bajo el punto de vista de la resocialización no se muestra necesaria e incluso puede llegar a ser manifiestamente perjudicial.

Para la resocialización del autor de un delito lo mejor será, muchas veces, un castigo suave y, no sin frecuencia, dejarlo en libertad. Pero esto no es posible, al menos no en los delitos graves. En ese caso la sociedad

---

16 Aristóteles. *Etica a Nicómaco*, 1131 a y ss.
17 Séneca. *De ira*, lib. I, cap. XIX; Platón, *Leyes*, 934 a.

tampoco colabora. El sentimiento de confianza en el derecho por parte de los hombres honestos se corrompe, así se dice, por una inadecuada absolución o un castigo suave. Por ese motivo, con miras a la "defensa del orden jurídico" (§ 47; §§ 1, 56; §§ 3, 59; § 1 StGB [Código Penal]), deben imponerse tales castigos, incluso castigos muy severos, desde la perspectiva del autor del crimen innecesarios y quizá incluso dañinos ("prevención positiva general"). Pero, ¿qué se aconseja aquí según el "equilibrio"? Nada más y nada menos que la primitiva necesidad de justa proporción. Así, entre virtud y recompensa, e igualmente, entre delito y pena. Pues nada diferente "pretende la justicia, según leyes generales fundamentadas *a priori*"[18]. Esta frase de Kant guarda, por tanto, su vigencia, aun cuando no con el rigor en que fue pensada por él.

Demos un vistazo nuevamente al esquema de la página 303. La pena es, en primera línea, un acto de la justicia distributiva. Al autor del delito se le debe dar "lo suyo", lo que necesita. Este, sin embargo, no puede ser el único principio, pues el autor del delito no se encuentra allí aislado, requiere constantemente de la sociedad (justicia legal) y lo que ésta necesita, o sea, la conservación y estabilidad de su respeto por la juridicidad es, ante todo, la certeza de que a un hecho delictivo le sigue el castigo "pertinente" (justicia conmutativa). La sociedad requiere, de acuerdo con las palabras de Kant, que "a todos se haga justicia en relación con el valor de sus actos"[19]. Lo que de la "prevención general positiva" pertenece a la justicia legal quisiera llamarlo aquí *reparación social*, pues así se expresa mejor aquello que el autor del crimen adeuda a la sociedad. Puesto que la "prevención general positiva" es un acto de la justicia compensatoria, no veo motivo alguno para no utilizar la expresión primitiva "venganza".

Propósito principal de la pena es, por consiguiente, la *prevención especial*, en particular, la resocialización. A su lado aparecen las otras finalidades: *venganza* (compensación de culpa) y *reparación social* delimitando fronteras y además modificando (ya se sabe que no es necesario preocuparse por la intimidación). La *protección del bien jurídico* sobre la que

---

18 Kant. *Metaphysik der Sitten* (nota 7), p. 344.
19 *Ibid.*, p. 333.

siempre versa, en esencia, la pena estatal no constituye un propósito punitivo junto a los otros tres, ni un aspecto parcial de la pena; es, más bien, el resultado de un enlace óptimo entre los propósitos punitivos mencionados.

Una de las múltiples consecuencias político-criminales que se desprenden de lo expuesto tiene que ver con la *pena de cadena perpetua*. Su problemática central reside en si una pena tal, que bajo criterios de prevención especial jamás se justificará, no obstante, bajo el aspecto de estabilidad de la sociedad pueda ser *aún* defendible. Tal vez tengamos que aceptar el *rebus sic stantibus*, es decir, para las relaciones existentes hoy. Pero, sin duda, llegará el día en que la sociedad mantenga su armonía aun cuando ante un asesinato no se reaccione con la pena de muerte. También el "castigo justo" es una dimensión histórica. Ella tiene que ser determinada de nuevo. Sin un punto de orientación se cae, no obstante, con facilidad en lo efímero y en lo ausente de compromiso.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

La idea de derecho. Justicia como igualdad social (justicia de bienestar común, adecuación a fines)

I. LITERATURA

Ver capítulo X.

II. DOCTRINA DE LOS BIENES ÉTICOS

1. *Socialización: comunista y cristiana*

El principio de igualdad es de naturaleza predominantemente formal. Para determinar lo *que* es justo se requiere de un principio material. Radbruch lo denominó finalidad o idea final del derecho. Concierne a la pregunta sobre aquello que sirve al máximo *bienestar común*. Dicho interrogante constituye el objeto de la doctrina ética de los bienes y la justicia social; ambas se rozan aquí en varias ocasiones, pero sin juntarse (sobre la delimitación ver capítulo XIV: derecho y moral). El principio de generalidad desempeña, además, un papel importante: ¿qué es lo bueno, lo justo *para todos*?[1]. Diversas corrientes han intentado una respuesta al respecto: hedonismo, eudemonismo, pragmatismo, utilitarismo, perfeccionismo ético... Los grandes filósofos se han preguntado en todos los tiempos por el "bien supremo", en tanto tiene que ser el fin de toda acción moral: Aristóteles (*Etica a Nicómaco*), Cicerón (*De finibus bonorum et malorum*), San Agustín (*De beata vita*), Kant (*Metafísica de las Costumbres*). Pero el *bonum commune* no sólo es un tema para los filósofos, también desafía a todos aquellos que se encuentran en la vida pública. Finalmente, los programas de los partidos políticos son, sin excepción, un intento de respuesta a la pregunta sobre cómo se puede realizar el bien común. Una de las necesidades elementales de la humanidad es el orden. El hombre puede vivir (provisionalmente) sin

---

1 Toda norma debe universalizar, aun cuando también puede especificar. Una "norma" que debe valer sólo para determinados individuos, para determinados casos concretos, no es una norma. Por eso las generalizaciones (así se mencionó con anterioridad) son "equiparaciones conforme a la medida de un punto de comparación" y, por tanto, ejercicio de poder. Esto no tiene nada de malo, sólo tenemos que saberlo y adoptar la actitud conveniente. Sobre este tema en detalle comparar A. Kaufmann. "Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken", en *ARSP*-Beiheft 45 (1992), pp. 77 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 327 y ss.

medicina científica, pero no sin orden[2]. El *Manifiesto Comunista* de Marx y Engels (1872) se cuenta entre uno de esos proyectos de modelo para el bien común, lo mismo que las encíclicas papales, desde *Rerum novarum* de León XIII (1891) hasta *Centesimus annus* de Juan Pablo II (1991). Si bien entre el *Manifiesto Comunista* y las encíclicas papales las diferencias son abismales, también se presentan coincidencias, difícilmente imaginables en un primer momento. Puesto que algunos lectores de la edición preliminar del libro echan de menos algunos de sus pasajes, se transcriben aquí:

Del *Manifiesto Comunista* escrito por Marx y Engels, 1872:

> La sociedad entera se escinde cada vez más en dos grandes estamentos enemigos, en dos grandes clases que se enfrentan directamente: burguesía y proletariado [...] La burguesía [...] ha colocado la explotación abierta, desvergonzada, directa, árida, donde antes se hallaba la explotación encubierta con ilusiones religiosas y políticas [...] La burguesía suprime cada vez más y más el fraccionamiento de los medios de producción, de la propiedad, y de la población. Aglomeró la población, centralizó los medios de producción y concentró la propiedad en unas pocas manos [...] en la misma proporción en que la burguesía se desarrolla, es decir, el capital, en esa misma medida se desarrolla el proletariado, la clase de los obreros modernos, que sólo viven mientras encuentran trabajo [...] estos obreros, que se tienen que vender trozo a trozo, son una mercancía, un artículo de comercio como cualquier otro [...] no son tan sólo esclavos de la clase burguesa [...] día a día, hora por hora, son subyugados por la maquina, por el supervisor y, principalmente, por el fabricante burgués individual [...] el proletariado recorre distintas etapas de desarrollo [...] los conflictos entre el trabajador individual y el burgués individual se convierten más y más en conflictos entre dos clases. Los obreros empiezan a construir coaliciones contra los burgueses; actúan unidos para defender su salario laboral [...] El proletariado andrajoso, esa podredumbre pasiva de los más bajos estratos de la antigua sociedad, será impulsada a la acción, paso a paso, en virtud de una revolución [...] Toda sociedad, hasta la

---

2 La pregunta sobre el interés individual y el interés común es, incluso, un tema para las instituciones sociales, por ejemplo, la de las abejas. Ver en W. Fikentscher. "Oikos und polis und die Moral der Bienen; eine Skizze zu Gemein- und Eigennutz", en F. Haft (Ed.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 71 y ss.

> fecha, se cimentó [...] en la contradicción entre clases explotadoras y explotadas [...] los comunistas son [...] la pieza decisiva de los partidos obreros de todos los países, que impulsa siempre hacia adelante [...] el propósito más cercano de los comunistas es el mismo que el de los demás partidos proletarios: conversión del proletariado en clase, derrumbamiento de la dominación burguesa, conquista del poder político por parte del proletariado [...] lo que caracteriza al comunismo no es la supresión absoluta de la propiedad, sino la eliminación de la propiedad burguesa [...] Que se horrorice (la burguesía), pues vamos a abolir la propiedad privada. Pero es que en vuestra sociedad actual la propiedad privada ha sido eliminada para nueve décimas partes de vuestros miembros [...] El comunismo no sustrae a nadie el poder para apropiarse de los productos sociales, sólo excluye el poder que se utiliza para subyugar el trabajo ajeno [...]Vimos arriba que el primer paso en la revolución obrera es el ascenso del proletariado a clase dominante, la lucha por la democracia [...] El proletariado utilizará su dominación política para arrebatarle, poco a poco, el capital a la burguesía y centralizar todos los instrumentos de producción en manos del Estado [...] Los comunistas declaran abiertamente que sus propósitos sólo pueden ser alcanzados por medio de la revolución violenta del orden social actual [...] ¡Proletarios de todos los países uníos!

De la encíclica *Populorum Progressio* del Papa Pablo VI, 1967 (N^os^ 23, 24):

> La propiedad privada no significa para nadie un derecho incondicionado o ilimitado. Nadie puede legítimamente hacer uso de su abundancia exclusivamente para sí, cuando otros carecen de lo más elemental. En una palabra, el derecho de propiedad nunca puede, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y los grandes teólogos, ser utilizado en detrimento del bien común. Si surge un conflicto entre el "derecho bien adquirido del individuo y las necesidades básicas de la sociedad", entonces se debe buscar una solución en el poder estatal con la participación activa de individuos y grupos (aquí se cita a Ambrosio). El bien común exige, a veces, por consiguiente, una expropiación (!!), cuando una propiedad en razón de su extensión, de su exiguo o inexistente aprovechamiento, de la miseria que experimenta la población a causa suya, por motivo de un daño considerable que sufran los intereses del país, cuando se convierte en un obstáculo para el bien común".

De la encíclica *Laborem Exercens* del Papa Juan Pablo II, 1981 (Nº 14):

> Además, la doctrina de la Iglesia no ha concebido nunca la propiedad en tanto pudiese llegar a ser origen de contraste social en el trabajo. Como lo mencionamos, la propiedad se adquiere, predominantemente, por medio del trabajo y con el fin de servir al trabajo. Esto vale, en especial, para la propiedad sobre los medios de producción. Una concepción que la considera aisladamente, en cuanto complejo cerrado, que como capital enfrentase al trabajo o pretendiese explotarlo, contradice la esencia de ese instrumento y de su posesión. No se puede poseer *en contra del trabajo*; no es posible apropiarse de él, en razón de la propiedad misma, pues el único motivo que justifica la propiedad –sea en la forma de propiedad privada o en la forma de propiedad colectiva– es *servir al trabajo* y posibilitar así la realización del primer principio de ordenamiento de propiedad: la determinación de bienes para todos y el derecho común a su uso. Bajo este punto de vista, pues, en lo que concierne al trabajo humano y al acceso colectivo a los medios puestos a disposición de los hombres, tampoco se debe descartar, en determinadas circunstancias, la *socialización* de ciertos bienes de producción.

Hasta aquí el *Manifiesto Comunista* y las dos encíclicas papales. No se puede negar que se presentan coincidencias. No es posible olvidar, sin embargo, que entre Marx y Engels, por una parte, y los papas, por otra, existe un profundo abismo, es más, una profunda enemistad. Muy probablemente ambos estamentos, el marxista-comunista y el de los papas, pondrían serios reparos en que se hubiese realizado siquiera la comparación. Los autores del *Manifiesto Comunista* se distanciaron bruscamente del socialismo clerical, que pretende otorgarle al ascetismo cristiano un barniz socialista y, como si quisiesen condenar las encíclicas papales, incluso antes de haber sido escritas, añadieron: "¿Luego el cristianismo no ha levantado su voz, también, contra la propiedad privada, contra el matrimonio, contra el Estado? [...] El socialismo cristiano es tan sólo el agua bendita con la que el clero consagra la irritación de los aristócratas".

Pero, ¿qué sucede con la otra parte? ¿Cuán serias son las demandas papales a favor de la *expropiación* y *socialización*, en caso de abuso de la propiedad? Muy seguramente no han sido elevadas con el mismo énfasis con que se exige orden y prohibición en el ámbito de familia, sexualidad, anticoncepción, aborto, inseminación artificial. A diferencia de lo que sucede

con Jesús ("pobres de vosotros que sois ricos", Lucas, 6, 24), no se escandalizan, en verdad, con el lujo de los excesivamente ricos. ¿Cuán en serio toma el Papa mismo su palabra, en cuanto a que la justificación de la propiedad privada y el patrimonio sea sólo el trabajo, a tiempo que, realmente, esta palabra expresa ironía? ¿Son los métodos anticonceptivos peores que el impedir la realización de la justicia social? Mejor que utilizando muchas palabras, la evaluación de las encíclicas papales se ilustrará a través de una anécdota, que vale la pena transmitir. A raíz de un informe del periódico *Süddeutschen Zeitung* sucedió, en junio de 1996, lo siguiente en el seno del Parlamento alemán: cuando el diputado por el partido social demócrata Hans-Jochen Vogel (católico) leyó, reservándose el nombre del autor, el texto citado anteriormente de Juan Pablo II, se esparció dentro de la bancada conservadora una sensación ostensible de intranquilidad –"socialismo" o, tal vez, "comunismo", se especuló–; penosa confusión que se aclaró cuando Vogel mencionó la fuente. ¿A quién pueden estar dirigidas las encíclicas papales si no a los demócratas cristianos? Ellos, no obstante, las desconocen.

Las contradicciones son infranqueablemente grandes. Es muy notable que en el ámbito de la economía, del trabajo, de la propiedad, existen demandas, todas ellas tan elementales que inclusive fuerzas hostiles, aún más, antagónicas entre sí, las reconocen por igual, si bien tan sólo en forma verbal. Es el caso, precisamente, de los derechos humanos.

Esto que mostramos aquí se confirma, también, de otra suerte: la elección de las palabras es, a veces, muy diferente. Mientras la ética tradicional habla de *bonum* y, así mismo, de *bonum commune* (en la ciencia del derecho se utiliza todavía el término "bien jurídico") en tiempos recientes se hace referencia, en su lugar, a "fin" (Rudolf v. Jhering) o "interés" (Philipp Heck). Una mención especial merece, sobre todo, Max Weber y su distinción entre *racionalidad final* y *racionalidad valorativa*. Acá el acento definitivo se marca sobre la racionalidad final, libre de valores; la racionalidad valorativa, sin ningún acceso posible al proceso científico, posee tan sólo el significado restringido de un correctivo. Para Max Weber los valores se remiten al relativismo. Entre tanto, existe un paralelo con Gustav Radbruch, quien habla, así mismo, de "fines" y de "finalidad". Pero los fines en Radbruch no son libres de valor; con bastante frecuencia coloca valor y fin como si fueran uno solo. Desde luego, él es, al igual que Weber, representante del

relativismo teórico de los valores. De todas formas, según Radbruch, los valores pueden ser susceptibles de una comprensión científica, aun cuando de manera limitada (sobre esto se hablará en el próximo acápite).

Hay todavía algo más digno de mención: en la actualidad existe un vivo debate entre quienes se ocupan de temas éticos, sobre si se debe poner en práctica la ética en tanto *ética de bienes y virtudes* (ética objetiva y subjetiva) o en cuanto *ética guiada por las reglas* (ética de procedimiento, ética de discurso). Acerca de la ética de discurso se dirá algo en el capítulo XVIII. Esto no significa, naturalmente, que la doctrina ética de los bienes esté de más. El error principal en la presente discusión radica en considerar la relación entre las dos clases de ética como una exclusión (disyunción). Evidentemente no se excluyen. La ética de procedimiento, sobre todo la ética de discurso, por sí sola, no puede producir ninguna afirmación en relación con lo que se debe hacer; empero, cuando ella realiza una afirmación lo hace subrepticiamente. Por otro lado, una ética pura de bienes conduce hacia la hipostatización y ontologización del "bien supremo". De esta suerte, no significa una solución de continuidad si, a renglón seguido, nos ocupamos un poco de la doctrina de la ética de bienes para hablar luego de la ética de discurso[3].

2. *La doctrina triádica de Radbruch sobre los máximos fines del derecho y el relativismo iusfilosófico*

La doctrina de Radbruch relativa a la finalidad del derecho no constituye, sin duda, la última palabra en la materia. Pero sí marca un hito en el desarrollo de una concepción material de justicia que no se puede dejar de lado. La discusión debe, hoy como ayer, tomar en serio este intento.

Radbruch presentó su teoría, primero, en *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho* de 1914 y, después, en la *Filosofía del derecho* de 1932[4]. Aquí nos atendremos al *Compendio preparatorio de la filosofía del derecho* de

---

3 Informativo U. Steinvorth. *Klassische und moderne Ethik; Grundlinien einer materialen Moraltheorie*, 1990.

4 G. Radbruch. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, pp. 82 y ss.; del mismo autor, *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932, pp. 50 y ss. (8ª ed., 1983, pp. 142 y ss.). Ambas hoy en GRGA, T. 2, 1993.

1947, ante todo por ser una presentación muy condensada y, seguida-mente, por ser el último pronunciamiento auténtico de Radbruch sobre esta cuestión[5]. Los pasajes pertinentes serán transcritos textualmente, pues sería difícil decirlo en forma más precisa y sucinta:

> En la deducción de preceptos jurídicos la justicia requiere ser complementada con la finalidad. Por "fin del derecho". no se debe entender una determinación empírica de finalidad, sino la debida *idea-fin*. En tanto que el concepto de justicia pertenece a la filosofía del derecho, la idea fin tiene que ser extraída de la ética. La ética se clasifica en la doctrina del deber y la doctrina de los bienes. Por bienes morales se entienden los valores que constituyen el contenido de los deberes morales. El fin del derecho se puede relacionar con los bienes morales, así como con los deberes morales.
>
> La doctrina de los bienes morales permite distinguir, de acuerdo con el modo de ser de sus titulares, tres grupos de valores: titular de los primeros es la *personalidad individual*; de los segundos, *la personalidad de la colectividad*; de los terceros, la *obra cultural*. Con respecto al orden de prelación de estas clases de valor distinguimos tres sistemas: el *individualista* considera los valores de la personalidad individual; el *supraindividualista*, los valores de la personalidad como colectividad, y el *transpersonal*, la obra cultural; todos ellos en tanto bienes supremos.
>
> Las formas de la vida en comunidad que corresponden a los tres titulares de valores son: la *sociedad* individualista, la *colectividad* supra-individualista y la *comunidad* transpersonal. Para la ilustración de las ideas, la sociedad se piensa como *relación contractual*, la colectividad, en tanto *organismo*, a la manera del cuerpo humano, y la comunidad de creación cultural, en forma de *barraca*, en la que los constructores no se relacionan, inmediatamente, hombre a hombre, sino en forma mediata, en virtud de su proyecto común. Los ideales de estas tres formas sociales de la vida humana en comunidad, de acuerdo con su tópico, se expresan así: *libertad*, *poder*, *cultura*. El ideal individualista, la libertad, ha hallado su expresión en los partidos liberales, democráticos y socialistas. De acuerdo con la concepción *liberal*, el valor de la personalidad es, hablando matemáticamente, algo infinito, es decir, un valor que no se

5 G. Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947, pp. 26 y ss. (3ª ed., 1965, pp. 27 y ss.) = GRGA, T. 3, 1990, pp. 145 y ss.

puede multiplicar más y está autorizado para imponerse aun frente a grandes intereses de la mayoría. El pensamiento *democrático*, por el contrario, le otorga un valor finito, esto significa que los valores de las personalidades sumados prevalecen sobre los de una minoría. Al tiempo que la democracia garantiza tan sólo una libertad jurídica formal, el *socialismo* exige democracia material, o sea la libertad económica real para el individuo, pero sin alejarlo del propósito individual. La doctrina supra-individualista orgánica es, entre tanto, el fundamento de los partidos *autoritarios o conservadores*, según los cuales el Estado, la colectividad, están allí no a causa de los miembros en sí, sino por motivo de la colectividad misma y las tareas estatales se sobreponen, incluso, a los intereses de la mayoría de los ciudadanos. La concepción *transpersonal*, por último, no ha encontrado expresión en ningún partido. Conforma la única medida para la valoración histórica posterior de pueblos extinguidos, pues tan sólo los valores culturales de dichos pueblos sobreviven.

El orden de prelación de las tres clases de valor no se puede establecer ni probar de manera unívoca. Los máximos propósitos y valores del derecho no sólo difieren conforme a la situación social de los distintos pueblos y épocas, también se juzgan subjetivamente, hombre por hombre, en forma diferente, dependiendo de la conciencia de rectitud, de la concepción de Estado, del punto de vista del partido, religión o cosmovisión. La decisión sólo puede provenir de lo más profundo de la propia personalidad, sólo puede ser una decisión en conciencia. La ciencia tiene que limitarse a preparar estos grupos de valor para la decisión. Ella soporta tal decisión de tres formas: 1. En cuanto desarrolla las posibles valoraciones en completa sistematización; 2. Porque expone los medios para su realización y, de esta forma, las exigencias condicionadas por éstos; 3. Pues pone de manifiesto las condiciones ideológicas de cada postura valorativa. Dicho *relativismo* de las tres formas no enseña, quizá, al individuo a reconocer lo que debe ser, mas sí lo que quiere; es decir, aquello que tiene que querer cuando se somete, consecuentemente, a la ley de la consecuencia lógica.

Hasta aquí Gustav Radbruch. A continuación del texto citado, Radbruch aborda la *doctrina ética de los deberes* que, en su opinión, conduce hacia exigencias absolutas frente al derecho. El menciona en este lugar, fundamentalmente, los *derechos humanos* cuyo respeto tiene que ser garantizado por cualquier orden, sin importar su orientación (en esto se produce una limitación importante del relativismo, que no es posible encontrar en las primeras publicaciones referentes a dicha cuestión).

La conocida *doctrina filosófico jurídica de los partidos* se refleja en el texto citado de manera muy abreviada. Es aconsejable leer al respecto las explicaciones aclarativas en la *Filosofía del derecho*[6] (es posible que dicha doctrina no constituya, muy seguramente, la última palabra, pero hasta ahora no se ha presentado algo igual).

La crítica a Radbruch recae especialmente sobre su concepción conforme a la cual individuo, colectividad, obra o, mejor, libertad, poder, cultura, en tanto bienes supremos se encuentran unos al lado de los otros y, por consiguiente, cada uno por sí solo puede determinar el contenido del derecho. En realidad, sería posible, más bien, que los tres valores supremos del derecho (suponiendo que existen sólo tres) configuren, actuando de consuno, el contenido del derecho. De ser esto así, entonces, surge la tarea de determinar, sin arbitrariedad, dicha acción conjunta; tarea ésta extraordinariamente difícil, pues los tres valores jurídicos no se encuentran relacionados entre sí, de acuerdo con una armonía preestablecida (en esto tiene Radbruch toda la razón); ellos no sólo se complementan, sino que se contradicen en muchos aspectos. Basten dos ejemplos de la realidad, de ninguna manera excepcionales, para ilustrar cuán extraordinariamente importantes y problemáticas son las reglas de prelación[7]: la promoción de un funcionario parece como excepcionalmente "conveniente", en razón de la deseada reconciliación entre gobierno e iglesia. Pero teniendo en cuenta los méritos del funcionario se asimila, más bien, a algo "injusto" o "poco equitativo". La venta exenta de impuestos de acciones *Flick-Aktien* del Deutsche Bank parece muy "útil"; desde el punto de vista de la igualdad de tratamiento, no obstante, se asemeja a algo "injusto". ¡Util pero injusta! Cicerón creyó, sin embargo, poder superar tal tensión con la siguiente apreciación: *est enim nihil utile*, *quod idem non honestum*, *nec*, *quia utile*, *honestum*, *sed*, *quia honestum*, *utile*[8]. En consecuencia, genuinamente útil es tan sólo aquello que es justo; aquello que contradice el principio de igualdad

---

6 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 4), pp. 58 y ss., o bien 152 y ss. = GRGA, T. 2, 1993, pp. 290 y ss.

7 Más ejemplos en K. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed. (reimpr. 1989), pp. 130 y ss.

8 Cicerón. *De officiis*, Lib. 3, XXX, 110.

no puede ser útil. El que esto siempre sea así se puede cuestionar con fundamento. Entre tanto, toda filosofía material del derecho tendrá que ser examinada conforme a dicha cuestión.

3. *Desde Aristóteles hasta Kant: la cuestión del bien supremo*

La ética aristotélica, que alcanza su apogeo y su culminación en la ética tomista, se fundamenta en el principio del "buen vivir". *Felicidad* es en el ámbito de la acción, dice Aristóteles, el bien supremo, y así, vivir bien y comportarse bien son, junto al ser felices, una sola cosa[9]. A la realización del "buen vivir" sirven las virtudes, la primera es la Φρόνησις, la prudencia. Y de tal suerte, prudencia para San Agustín es ni más ni menos que "conocimiento sobre las cosas a las que se aspira y sobre aquellas que deben evitarse"[10]. Expresado con mis propias palabras: prudencia es la capacidad de reconocer el bien en cuanto bien, y el mal en cuanto mal, y obrar de acuerdo con tal comprensión. El *bien* dentro de la ética aristótelico-tomista es generalizable hasta el principio supremo: haz el bien y evita el mal[11]. Este principio posee, sin duda, validez universal; tiene, no obstante, la desventaja manifiesta de ser tautológico. En el concepto de bien se esconde el que éste deba ser realizado. Además, la "felicidad" sólo puede ser generalizable cuando se piensa en forma abstracta, por cierto, sin contenido. Si se concibe "felicidad" como algo concreto, entonces significa, para cada quien, algo distinto. Nicolai Hartmann denomina "al bien", sin rodeos (se puede decir, así mismo, "la felicidad"), "concepto vacío"[12]. Si se concreta el bien, y no podrá menos que concretizarse, de este modo revela su condición de contingencia; entre más concreto se concibe el bien, más relativo deviene. La doctrina moderna del derecho natural también ha conducido hacia ese

---

9 Aristóteles. *Etica a Nicómaco*, Lib. 1, cap. II, 1095 a. Ver igualmente todo el Libro 2.

10 Agustín. *De lib. octog. trium quaestionum*, *q. 61*; también *De libero arbitrio*, C 13. Este párrafo es una cita de Cicerón no señalada, *De officiis*, 1, XLIIII: "Prudentia est rerum expetendarum fugiendarumque scientia".

11 Tomás de Aquino. *Summa Theologica* I, II, 94, 2: "Bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum".

12 N. Hartmann. *Ethik*, 3ª ed., 1949, p. 290.

resultado que puede ser caracterizado como extremadamente pobre. Así, pues, Heinrich Rommen considera sólo dos normas de la doctrina del derecho natural que satisfacen la demanda de generalidad: "Lo justo se debe hacer, lo injusto se debe dejar, y la muy antigua y honorable regla: A cada quien lo suyo"[13]. El derecho natural no indica qué es "justo" o qué es "lo suyo"; más bien, como dice Johannes Messner,"todas las concretizaciones de lo absoluto se confían a la discreción de los miembros de la sociedad"[14], en consecuencia, finalmente, una cuestión de poder.

Mientras que en estos conceptos se constata, de manera innegable, un cierto relativismo de las normas y reglas concretas, Kant pretende fundar una ética absoluta y vinculante, válida *a priori*, incondicionalmente, para todos los hombres[15]. Si las cualidades humanas repercuten en el bien o en el mal, depende sólo de aquello que porte la acción de la persona, de la voluntad: "*Ni en el mundo*, *ni en general fuera del mismo*, *es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción*, *a no ser*, *tan sólo*, *una buena voluntad*"[16]. A partir de qué inclinaciones actuemos, no es éticamente relevante. Cuando obedecemos a nuestras inclinaciones, así sean ellas tan nobles como el amor o la compasión, entonces nos dejamos determinar, en últimas, por algo exterior, al tiempo que nuestro interior permanece siempre con nosotros "y no requiere ser instruido sino, más bien, esclarecido". Sólo estamos completamente con nosotros mismos cuando realizamos aquello para lo cual estamos ahí, esto es, cumplir nuestro *deber*[17]. Pero, ¿cómo podemos reconocer lo que debemos hacer, cuál es nuestro deber? Como es sabido, Kant responde con el *imperativo categórico*: "Obra de tal forma que la máxima de tu voluntad pueda valer en todo momento, simultáneamente, como principio de una legislación general"[18]. Kant formula más tarde en la

---

13 H. Rommen. *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2ª ed., 1947, p. 225.

14 J. Messner. *Das Naturrecht*, 1950, p. 345.

15 Sobre esto comparar W. Schweidler. "Was heisst Ethik?", en R. Spaemann (Ed.). *Ethik-Lesebuch von Platon bis heute*, 2ª ed., 1989, pp. 66 y ss. (sobre Kant).

16 Kant. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 393.

17 *Ibid.*, pp. 393 y ss.

18 Kant. *Kritik der praktischen Vernunft*, edición de la Academia, p. 54. Ver sobre esto R. Wittmann. "Der Begriff des allgemeinen Gesetzes in Kants kategorischem Imperativ",

Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres: "Obra de tal forma que consideres a la humanidad, tanto en tu persona, como en la de los demás, en todo tiempo, simultáneamente un fin, jamás sólo un medio"[19]. Muy consecuentemente, considera Kant en cuanto fines aquellos que son a la vez deberes: la "propia perfección" la "felicidad ajena"[20].

Es, sin duda, correcto cuando Hruschka relaciona el imperativo categórico con la regla de oro de Christian Thomasius, justamente aquel que él declaró como derivado de ésta[21]. Por cierto, el principio de universalidad tomó forma en el imperativo categórico. Cuán poco pueden rechazar la ética y la filosofía del derecho el imperativo categórico, se plasma en la ética existencialista de la situación expuesta por Sartre, de acuerdo con la cual cada quien es de hecho su propio legislador y elige su propia moral y que, a pesar de todo, desemboca en una "repetición existencialista del imperativo categórico", con arreglo al cual uno se tiene que preguntar: "¿Qué sucedería si realmente todo el mundo actuase de esa forma?"[22].

---

en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 363 y ss.

19 Kant. *Grundlegung* (nota 16), p. 429. En la página 421 se encuentra otra formulación más fuerte del imperativo categórico: "Actúa de tal forma que la máxima de tu acción deba convertirse, a través de tu voluntad, en ley general de la naturaleza". Sobre esto comparar D. Rahmsdorf. "Ökonomische Analyse des Rechts, Utilitarismus und die klassische deutsche Philosophie", en *RTh* 18 (1987), pp. 487 y ss.: "Kant und die 'Glückseligkeit'".

20 Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 385.

21 J. Hruschka. "Die Konkurrenz von Goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel des kategorischen Imperativs", en *JZ* 1987, pp. 941 y ss.; aquí 950 y s.; ver también, del mismo, "Kant's Bearbeitung der Goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und der zeitgenössischen Diskussion", en *Strafgerechtigkeit* (nota 18), pp. 129 y ss.; de la misma forma, también G. Spendel. "Die Goldene Regel als Rechtsprinzip", en *Festschrift für Fritz v. Hippel*, 1967, pp. 491 y ss. Sobre la regla de oro en Confucio ver S. I. Liu. "Die Wertidee des Rechts; Gerechtigkeit in chinesischer Tradition", en Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 175 y ss., especialmente 185.

22 J. P. Sartre. *L'existentialisme est un humanisme*, 1959, pp. 28 y ss.

Claro está, también el imperativo categórico adolece de defectos. Es muy abstracto, carece de una relación de tiempo concreta, deja de lado las circunstancias de la situación concreta. Es una ética de convicción, además, una ética impersonal que, como lo ha expuesto Werner Maihofer, ha transformado la tesis ética original del "sé tu mismo", en el postulado, "sé *en general*", es decir, "sé como *uno* debe ser"[23]. Muy anteriormente, Max Scheler había rebatido en contra de Kant que no existe sólo algo bueno en sí, *en general*, sino, de igual forma, algo bueno en sí, *para cada persona*; textualmente: a quien no reconoce algo bueno en sí, sino que, junto con Kant, pretende fundar la idea de bien en la *validez universal* (y necesidad) de un *querer*, le es, así mismo, vedado reconocer un bien para sí, en tanto persona individual[24]. Una y otra vez se objetó en contra del imperativo categórico que sólo exigía consecuencia. De esta manera entendió ya Hegel el principio de generalización, en el sentido en que éste requiere sólo la exigencia de la consistencia lógico formal en la elección de la máxima por universalizar[25]. R. M. Hare infiere de esto que no significa una vulneración del imperativo categórico el que un fanático racista sea tan consecuente que pretenda hacer valer la ley de eliminación de una raza determinada, en dado caso, aun sobre sí mismo[26]. Pero con esto se comete, en efecto, una injusticia con Kant. Como lo expuso particularmente Hans Welzel, la ética de Kant no es tan formalista, ni tan subjetivista como algunos críticos han pretendido hacerla. Kant supuso, más bien, aunque con frecuencia sin reflexionarlo, siempre un orden moral-objetivo de las cosas[27]. Con todo,

---

23 W. Maihofer. *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954, pp. 23 y s.

24 M. Scheler. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik; Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*, 4ª ed., 1954, p. 496. Otra objeción la presentó E. v. Savigny; éste sitúa la debilidad esencial del principio de la generalización en lo siguiente: "¿Qué se responde cuando alguien, ante el reproche: 'qué sucedería si todos actuasen así', replica: 'eso no lo hace todo el mundo'?; pues se marca una diferencia, en el momento que se permite a cualquier otro hacer lo que los otros no hacen o cuando se autoriza a todos a hacerlo simultáneamente" (*RTh* 4, 1973, p. 103).

25 Comparar, por ejemplo, K.-O. Apel. *Diskurs und Verantwortung; Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, 1988, pp. 69 y ss.

26 R. M. Hare. *Freedom and Reason*, 1963, cap. 9.

27 H. Welzel. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962, p. 169.

Welzel cree descubrir en la argumentación de Kant un círculo en el cual éste *cree* poder extraer el "qué" de la acción moral (por lo tanto el contenido material ético) a partir del cómo, es decir, por medio del imperativo categórico[28]. Comparto la opinión de Günther Patzig, según la cual el imperativo categórico no es, ciertamente, un formalismo vacío, pero, en cuanto base para toda regulación moral, es insuficiente[29].

No es posible referirnos aquí a este intrincado problema del círculo vicioso en la argumentación[30]; bástenos la apreciación de que el imperativo categórico concierne, en efecto, al "cómo" y no al "qué" de la acción moral. Ya Arthur Schopenhauer descubrió que el imperativo categórico no es, de ninguna manera, ni la comprobación empírica de la ley moral, en tanto un hecho de la conciencia, ni una apelación al sentimiento moral y menos una *petitio principii* bajo el elegante nombre de "postulado absoluto", sino un "proceso de pensamiento muy sutil"[31]. Así mismo se pronuncia Otfried Höffe sobre el imperativo categórico como un "proceso de generalización"[32]. Günter Ellscheid dio el paso decisivo cuando concibió la ética de Kant en tanto ética *de procedimiento* y doctrina de la justicia: "En el comienzo no se encuentra el principio moral material, sino el procedimiento"[33] (con detalle sobre Ellscheid, pp. 472 y ss.). Se trata de la osadía de obtener el contenido a partir de la forma.

---

28 *Idem*.

29 G. Patzig. *Ethik ohne Metaphysik*, 2ª ed., 1983, p. 170.

30 Sobre eso, en detalle, A. Kaufmann. "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für W. Gallas*, 1973, pp. 7 y ss.; también, del mismo, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993, pp. 65 y s.

31 A. Schopenhauer. "Die beiden Grundprobleme der Ethik", en *Sämtliche Werke*, editado por W. Frhr v. Löhneysen, T. III, 1980, p. 667.

32 O. Höffe. "Kants kategorischer Imperativ als Kriterium des Sittlichen", en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 31 (1977), especialmente pp. 310 y ss. Comparar también, del mismo, "Der kategorische Imperativ als Grundbegriff, einer normativen Rechts- und Staatsphilosophie", en *ΟΙΚΕΩΣΙΣ*, Festschrift für R. Spaemann, 1987, pp. 87 y ss.

33 G. Ellscheid. "Das Naturrechtsproblem; Eine systematische Orientierung", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 179 y ss., 213; ver también, del mismo, *Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants*, 1968.

La correría a través de la ética de los bienes, desde Aristóteles hasta Kant, ha conducido, repentinamente, hacia la necesidad de una ética procesal, sin que, por tal razón, la ética de los valores o ética de los bienes (los contenidos ético materiales) se vuelvan obsoletas. En el capítulo XVIII regresaremos sobre esto.

4. *El utilitarismo*

Así, tenemos que preguntarnos: ¿cómo obtenemos contenidos para la ética y para el derecho que sean generalizables? En primera línea, sería posible ofrecer el utilitarismo[34]. Indudablemente surge de inmediato una dificultad, y es que ciertamente no existe un solo utilitarismo por excelencia, así como no existe una concepción unificada acerca de lo que se debe entender por felicidad. La pregunta formulada una y otra vez, sobre si la libertad está primero que la felicidad o, al contrario, la felicidad primero que la libertad, será rechazada supuestamente por muchos utilitaristas: libertad es un componente de felicidad[35]. El principio del utilitarismo clásico desde Jeremy Bentham y John Stuart Mill se expresa, como es bien conocido, de la siguiente forma: *The greatest happiness of the greatest number* (Mill añadió: *Of the party whose interest is in question*)[36]. A primera vista ese principio parece engañoso, pero sólo a primera vista.

---

34 De la literatura iusfilosófica sobre el utilitarismo, R. W. Trapp. "*Nicht-Klassischer" Utilitarismus; eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1988; W. Lasars. *Die Klassisch-utilitaristische Begründung der Gerechtigkeit*, 1981; H. Otto. *Der Niedergang der Rechtsidee im utilitaristischen Zeitgeist*, 1981; U. Klug. "Zur Kritik des rechtsphilosophischen Utilitarismus", en *ARSP* 38 (1949/50), pp. 222 y ss.; J. de Sousa e Brito. "Praktische Vernunft und Utilitarismus", en *ARSP*-Beiheft 51 (1993), pp. 87 y ss.; interesante, también, K. Papageorgiou. *Schaden und Strafe; Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, 1994, especialmente pp. 60 y ss.; digno de consideración en tiempos recientes H. Eidenmüller. *Effizienz als Rechtsprinzip; Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1995, especialmente pp. 22 y ss. y 174 y ss.; similitud con el utilitarismo iusfilosófico tiene el "instrumentalismo": ver R. S. Summers. *Pragmatischer Instrumentalismus und amerikanische Rechtstheorie* (del inglés), 1983.

35 Sobre esto comparar O. Höffe. *Politische Gerechtigkeit; Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987, pp. 300 y ss.

36 Acá no es posible pasar por alto que Mill tiene un concepto de felicidad diferente al de

Acá se presenta, ante todo, la cuestión sobre cómo se pretende universalizar "felicidad" (muchos desean entender *happiness*, más bien, en tanto "ventaja" que como "felicidad", lo que contraría, sin embargo, el sentido y la comprensión del lenguaje)[37]. Que no es posible de ninguna manera, cuando en el sentido de Bentham se entiende la felicidad como substancia susceptible de ser repartida; es algo que acepta también Günter Patzig, el mismo que ha emprendido la tarea de fundamentar una ética utilitarista[38]. Aquí cuenta sólo el éxito. No se ve, sin embargo, cómo podría lograr un utilitarismo cualitativo, normativo (Mill) la generalización de la "felicidad". Las cualidades de vida de los hombres son tan disímiles que no es posible reducirlas a un denominador común. Sin duda, todos quieren, por lo menos casi todos los hombres, ser saludables, libres, ricos, estar satisfechos, tener propiedades y ser exitosos; pero existen muchos hombres saludables, ricos, acostumbrados al éxito, pero infelices. ¿Y qué sucede con la inquietante pregunta al respecto de qué pasa cuando el mayor bienestar del mayor número sólo puede ser obtenido con base en drásticas medidas de eliminación de la vida humana, de tal forma que el mundo se libere de todas las criaturas repulsivas o miserables: de criminales, anormales, enfermos mortales, inválidos e incluso de aquellos que son odiosos o malhumorados?[39].

Como quiera que sea, Otffried Höffe ha esgrimido un argumento más de peso contra el utilitarismo. El utilitarismo, objeta Höffe, entiende el

---

Bentham, es decir, uno cualitativo; ver K. Papageorgiou. "Sicherheit und Autonomie; Zur Strafrechtsphilosophie Wilhelm v. Humboldts und John Stuart Mills", en *ARSP* 76 (1990), pp. 324 y ss., especialmente 331. Sobre el utilitarismo de Bentham y Mill, comparar, también, O. Höffe (Ed.). *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975, pp. 35 y ss., especialmente 54 y ss.

37 Sobre el tema "felicidad" existe una bibliografía muy extensa. Muy informativo R. v. Gumppenberg/S. Gruber. "Glück", en R. Spaemann (Ed.). *Ethik-Lesebuch* (nota 15), pp. 393 y ss. ("felicidad" en Agustín, Epicuro, Aristóteles, Mill); R. Spaemann. *Glück und Wohlwollen; Versuch über Ethik*, 1989, especialmente pp. 85 y ss.; G. Bien (Ed.). *Die Frage nach dem Glück*, 1978; M. Forschner. *Über das Glück des Menschen* (Aristóteles, Epicuro, *Stoa*, Tomás de Aquino, Kant), 1993. Con razón subraya G. Patzig. *Ethik* (nota 29), p. 54, "la felicidad no es comparable".

38 G. Patzig. *Ethik* (nota 29), especialmente pp. 127 y ss.

39 I. Tammelo. "Gerechtigkeit und negative Vorsehung", en R. Marcic/Ilmar Tammelo. *Naturrecht und Gerechtigkeit; Eine Einführung in die Grundprobleme*, 1989, p. 323.

bienestar de todos de manera colectiva, no distributiva. "Sólo es importante el máximo bienestar común, al tiempo que la repartición del bien común entre los diferentes miembros no desempeña un papel independiente. Por consiguiente, es posible que la desventaja que el sistema pueda representar para algunos se equilibre con la gran ventaja que significa para los otros". Esto en ningún caso lo pueden aceptar los perjudicados, pues su perjuicio les es impuesto por parte de los favorecidos. "Para los perjudicados las órdenes sociales de poder coactivo ostentan el carácter de mera coacción, devienen en fuerza y permanecen ante ellos como ilegítimas"[40].

Exactamente este es el punto en el que la teoría de la justicia expuesta por John Rawls[41] deja tras de sí el utilitarismo[42]. Rawls procede distributivamente, no toma partido a favor de éste o de aquél, tampoco a favor de un grupo sino a favor de cada uno. Esto significa la imparcialidad exigida a la justicia. Volveremos sobre Rawls en varias ocasiones. En primer lugar debe decirse todavía algo sobre otro intento para superar el utilitarismo clásico. Según el modelo de Ilmar Tammelo, dicha teoría será caracterizada con el nombre de "utilitarismo negativo".

5. *Utilitarismo negativo*

Las principales objeciones con respecto al utilitarismo (positivo) son dos: a) No es posible universalizar la felicidad, a menos que se conciba vacía de contenido. La felicidad para el uno es hacer goles; para el otro, leer a Platón. b) El interés del utilitarismo (positivo) es válido sólo para la mayoría, el mayor número posible debe ser feliz. El utilitarismo (positivo) no se ocupa

---

40 O. Höffe. *Gerechtigkeit* (nota 35), pp. 75 y ss. Este argumento no es sólo convincente frente al "utilitarismo de acción", sino también con respecto "al utilitarismo de reglas". Sobre esta distinción comparar N. Hoerster. *Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung*, 1971, pp. 18 y ss. Así, también, W. Frankena. *Analytische Ethik*, 1972, pp. 55 y ss.

41 Ver su muy discutido libro *A Theory of Justice*, 1971, en alemán: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975 (y ediciones posteriores). Rawls ha realizado, entre tanto, significativas correcciones a su teoría (comparar *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1992), sobre lo cual no se tratará aquí.

42 Sobre esto comparar H. Eidenmüller. "Versuch einer Überwindung des Utilitarismus bei John Rawls", en *ARSP* 73 (1987), pp. 235 y ss.

de la minoría que no es feliz (no tiene por qué ser una minoría numérica). Es imposible obtener una fundamentación utilitarista de la protección a la minoría e incluso, si se da el caso, la minoría puede ser combatida cuando lo exige la "felicidad" de la mayoría.

Ambas objeciones las elude el así llamado por Ilmar Tammelo "utilitarismo negativo". Se trata de impedir, en la medida de lo factible, la *infelicidad* de la mayor cantidad posible de hombres. Y la infelicidad, más exactamente la aspiración de todo ser humano de no verse expuesto a la infelicidad, puede ser universalizada. Lo que para todos los hombres significa infelicidad se puede mencionar en concreto: enfermedad, padecimiento físico, dolores, pobreza, hambre, carencia de albergue... Miremos lo que escribe Tammelo: "Para mí el más alto mandamiento del orden de justicia consiste en la supresión o la reducción del máximo posible de miseria. Es necesario poner en duda el principio del utilitarismo positivo, de acuerdo con el cual se debe aspirar la máxima felicidad posible para el mayor número de los hombres. La felicidad es tan sólo un caso de felicidad [...] Mi preocupación vale también para los infelices [...] A esto se añade que la felicidad de la mayoría muy frecuentemente se obtiene a costa del sufrimiento de la minoría. Teniendo presentes a todos ellos me es más prometedor el utilitarismo negativo, que aquel utilitarismo según el cual debe ser evitada, en lo posible, la infelicidad del mayor número de hombres"[43].

---

43 I. Tammelo. "Ungerechtigkeit als Grenzsituation", en *61. Schopenhauer-Jahrbuch für das Jahr 1980*, pp. 30 y ss., especialmente 35. Ver también, del mismo, en *Naturrecht* (nota 39): "Los hombres deben sobrevivir y la miseria debe ser abolida". (p. 154); y: "La miseria innecesaria debe ser reducida para todos los hombres conforme a su standard social correspondiente" (p. 184). Muy interesante en este contexto también O. Höffe. *Gerechtigkeit* (nota 35), pp. 326 y ss.: "Der negative Konsens". Globalmente: A. Kaufmann. *Negativer Utilitarismus; ein Versuch über das bonum commune*, 1994; del mismo, "Die Lehre vom negativen Utilitarismus, ein Programm", en *ARSP* 80 (1994), pp. 476 y ss.; "Tendenzen in Richtung einer 'negativen Philosophie'", en M. Neufelder/ W. Trautmann. *Kennzeichen Unrecht; eine pragmatische Rechtsphilosophie*, 1993; R. Schurz. *Negative Hermeneutik; Zur sozialen Anthropologie des Nicht-Verstehens*, 1995; M. Becker. *Natur*, *Herrschaft*, *Recht; Das Recht der ersten Natur in der zweiten Zum Begriff eines negativen Naturrechts bei Theodor Wiesengrund Adorno*, 1997.

En contra del utilitarismo negativo se ha objetado que es muy reservado con respecto a la generalización de contenidos éticos y jurídicos. Esto no es cierto, de manera alguna. Si la ética y, por sobre todo, el derecho se han puesto como tarea liberar al mundo en la medida de lo factible de la miseria, entonces este es un fin muy elevado.

Este utilitarismo negativo (que evoca a los filósofos iusnaturalistas, como a Christian Thomasius)[44] se hace extensivo, en aproximación, también al principio ético de prioridad introducido por John Rawls, según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decida la prioridad. Se trata, más bien, de prevenir la infelicidad que de promocionar la felicidad (lo que por esta se desee entender). El utilitarismo negativo menciona una de las más importantes reglas de prioridad para la determinación de aquello que se debe tener por *bonum commune* y, de este modo, por justicia material.

Es posible resumir lo dicho en la siguiente tesis: a la justicia del bien común se debe aspirar de tal forma que el sufrimiento existente sea, en lo posible, eliminado o, por lo menos, disminuido; que no se produzca sufrimiento cuando es posible prevenirlo, y aquel que es inevitable se minimice y grave con moderación a los miembros individuales de la sociedad. Abreviadamente se lo puede elevar al siguiente *imperativo categórico* (*de la tolerancia*):

Obra de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la máxima disminución o reducción de la miseria humana.

En la edición anterior se pasó por alto que el "utilitarismo negativo", en el sentido aquí expuesto fue tratado ya por Karl Popper. En su libro sobre *La sociedad abierta* propone reemplazar la "fórmula utilitarista 'multiplica la felicidad todo lo que puedas' (*maximize happiness*), por la fórmula 'reduce la miseria todo lo que puedas' (*minimize suffering*)". Es más, "considero posible que una fórmula tan fácil pueda convertirse en uno de los principios fundamentales (manifiestamente no el único) de la política

---

44 Ch. Thomasius. "Los mandamientos del derecho natural generan el mínimo bien, pero frenan el máximo mal. Por esto son los más necesarios, sin ellos el género humano se perdería". Citado según R. Stammler. *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit*, 2ª ed., 1925, p. 19.

abierta (por el contrario, efectivamente parece ser que el principio 'multiplica la felicidad lo más que puedas' tiene la tendencia a conducir hacia un tipo peligroso de dictadura bien intencionada) [...]; la demanda de felicidad es, en todo caso, mucho menos urgente que la ayuda para quienes sufren y el intento por impedir el sufrimiento"[45]. Según Popper, la tarea de la política es evitar los padecimientos, pero el hallazgo de la felicidad debe dejarse a cada individuo.

De estos principios negativos que no se refieren a aquello que es, sino que mencionan lo que no es (y lo que no debe ser), existen todavía muchos. Se habla, incluso, de una "filosofía negativa" y de una "teología negativa". Un ejemplo de "jurisprudencia negativa" es la famosa fórmula de Radbruch que no menciona lo que es "derecho correcto" sino aquello que por excelencia es incorrecto, lo que no es derecho[46]. A este "argumento de lo antijurídico", como lo llama Ralf Dreier[47], a este mínimo de derecho natural, le sería posible satisfacer las exigencias de la generalidad. En realidad existe un amplio consenso también en torno a dicho interrogante.

¿Puede una ética negativa tal, una filosofía del derecho negativa, que contradice, mas no fundamenta, ser la última palabra? Si se sigue a Karl Popper, habrá que afirmarlo[48]. La filosofía teórica parece darse por satisfecha allí donde con fundamento en un proceso puramente deductivo, contrasta la teoría con sus errores. La filosofía práctica no puede renunciar, entre tanto, a la inducción; así se expuso en el capítulo VI. No se puede reducir a la falsación; tiene, también, que verificar. ¿Cómo se escapa, empero, del relativismo?

---

45 K. Popper. *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, T. I, 6ª ed., 1980, pp. 316 y s. Contra él (en mi parecer de manera no convincente) U. Günther. "Poppers politische Ethik des 'Negativen Utilitarismus' und seine Folgen", en *Zeitschrift für Politik*, 1980, pp. 231 y ss.

46 Ver arriba, p. 77 y la nota 39. Ver el texto de la fórmula abajo en las pp. 352 y 353.

47 R. Dreier. "Der Begriff des Rechts", en *NJW* 1986, p. 891.

48 Sobre este tema y en contra, comparar P. Eisenhardt/D. Kurth/H. Stiehl. *Du steigst nicht zweimal in denselben Fluss; Die Grenzen der wissenschaftlichen Erkenntnis*, 1988, p. 59, *passim*.

III. REGLAS DE PRELACIÓN

Qué prelación tienen los argumentos individuales en el conocimiento del derecho, es uno de los temas de la teoría jurídica y de la doctrina del método jurídico que ha sido tratado, francamente, con negligencia. Karl Engisch pretende haber observado "que la aplicación práctica del derecho se sirve, a discreción, de todos los métodos conocidos por la teoría de la interpretación", y que en la práctica forense se considera legítimo un proceso que, "caso por caso, escoja aquel método interpretativo que conduzca a un resultado satisfactorio"[49].

Es probable que esto refleje, en realidad, de manera pertinente la práctica jurídica, pero si eso es así entonces significa la sentencia de muerte para toda doctrina científica del método jurídico. Indudablemente, en tiempos recientes se han realizado algunos intentos por encontrar reglas de prioridad; ante todo la teoría de la argumentación se ha ocupado del tema[50]. Sin embargo, cuando con esto no se le rinde reconocimiento al *punto de vista objetivista* extraído de la *personalidad de quien crea derecho*, propio de la *teoría de la argumentación*, y cuando tan importantes factores como la relatividad y la pluralidad de los conocimientos (con la posibilidad de que varias respuestas distintas entre sí puedan ser "correctas") se descuidan (en conformidad con la exigida "fundamentación última", esto no parece un milagro), entonces estos esfuerzos no tendrán finalmente éxito. Lo anterior vale, en especial, para decisiones bajo riesgo, con respecto a las cuales no es posible ignorar que, por principio, no son susceptibles de consenso (con mayor detalle en el capítulo XX)[51].

Las reglas de argumentación y de prelación, en la forma en que las presenta la teoría de la argumentación (John Rawls, Chaïm Perelman, Robert Alexy, Ulfrid Neumann) son tan generales y abstractas que no pueden fijarle contornos al proceso de conocimiento y menos determinarlo. Las *teorías formales de la argumentación* poseen la ventaja de poder ser aplicadas en

---

49 K. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed. (reimpr. 1989), p. 82.

50 Ver, particularmente, R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed., 1991; U. Neuman. *Juristische Argumentationslehre*, 1986.

51 Sobre esto ver Birgit Kleinwellfonder. *Der Risikodiskurs; Zur gesellschaftlichen Inszenierung von Risiko*, 1996, *passim*.

todas partes, pero la desventaja es que no "agarran". Se trata, entonces, de una *doctrina general de la argumentación* (según el tipo, de una "doctrina jurídico-procesal"), y en este sentido es, desde luego, útil. Pero en la práctica se necesitan *doctrinas especiales de la argumentación* o, mejor, reglas de argumentación, y éstas pueden ser materiales. Una *teoría material de la* argumentación que fuese válida para todos los discursos imaginables no puede, sin embargo, existir, así como tampoco una sola ley de enjuciamiento para todo el derecho procesal: proceso civil, proceso penal, proceso administrativo... Si se desea establecer reglas discursivas que puedan ser útiles, por ejemplo, en la bioética, pero en ese intento se desconoce de qué trata, en general, esta ciencia o se prescinde de la clase de argumentos que le son típicos, entonces no es posible tener éxito. Sería tanto como si se quisiese construir un orden procesal penal sin ninguna consideración por el derecho penal material ni por la vida jurídica. ¡Atengámonos a la experiencia! Existen muy diferentes procesos judiciales: civil, penal, administrativo, laboral... Se requieren distintas reglas procedimentales, puesto que el *contenido* de tales procesos (los "objetos del proceso") no es igual. Como se mencionó, una "doctrina general del proceso" (un "orden procesal general") no es suficiente, se tienen que regular ante todo, también, las clases particulares de juicios. Además los códigos procesales tampoco son lo suficientemente concretos como para normar una causa en forma satisfactoria. Así, existen en el marco del proceso penal todavía indicaciones extensas (¡y ricas en contenido!) que configuran la instrucción del sumario en forma detallada. También en el ámbito del proceso civil existen múltiples diferencias pues, por ejemplo, el proceso de familia tiene que efectuarse de manera distinta que el proceso en materia de arrendamientos. No sucede algo diverso con las reglas de argumentación para el discurso racional. Si estas reglas deben "agarrar" y tienen, por tanto, que ser concretizadas materialmente, entonces se necesitan, por ejemplo, para las comisiones éticas otras reglas que para el discurso económico científico, aun cuando también es posible que existan reglas que posean un carácter comprensivo y general. La "ética del discurso", justamente como es presentada, hoy por hoy, carece de tal contenido material y por eso no satisface las exigencias aquí requeridas.

Con todo, no se debe remover ahora el debate sobre si el proceso judicial, especialmente el proceso penal, constituye, en general, un discurso ra-

cional, es decir, si allí se trata de una actuación comunicativa y no estratégica (comparar arriba p. 195). Es notable que Jürgen Habermas no exponga tampoco reglas de prelación en su libro sobre filosofía de derecho *Facticidad y validez* (1992); quizá lo considera inútil. Sea como fuere, se puede confirmar que hasta ahora no existen reglas de argumentación y prelación que fuesen adecuadas para los diferentes discursos jurídicos, iusfilosóficos, éticos...

Tras esta comprobación no se esconde ni el más mínimo tono de crítica o de reproche. Si se aspira a obtener reglas de argumentación y de prelación, por ejemplo, para las comisiones de ética (me he ocupado de esto), entonces uno se tropieza con dificultades extraordinarias. Tengo la sospecha de que lo mejor sería partir del principio de diferencia expuesto por Rawls, de acuerdo con el cual la posición social más precaria decide sobre el mejor argumento ético (protección de las minorías y de los más débiles)[52], pero esta fórmula se tiene que concretar y materializar en forma considerable hasta "adecuarla".

En la ficción del pacto originario mencionado por Rawls (al respecto en el capítulo XVIII) se acuerdan, entre otras cosas, reglas de prioridad que son generalizables. Lo decisivo es, en resumen, lo siguiente: el criterio de prioridad, que nos informa para cada caso por qué un determinado metaorden tiene la máxima prioridad, significa, como ya lo mencionamos, que a la persona que, en relación con la repartición de los valores individuales, está colocada en la postura más desventajosa, se le debe conceder el argumento que decida la prioridad, cuando se presenta una situación frente a la cual ella estaría aún en peor posición de otorgársele la prelación al metaorden de las personas mejor colocadas[53]. Esto significa, en un lenguaje más sencillo y general, protección a las minorías (la necesidad tiene, en el aseguramiento de la existencia, prioridad frente al rendimiento), los derechos fundamentales, las libertades fundamentales (con respecto a lo cual se

---

52 J. Rawls. *Theorie* (nota 41), pp. 96 y ss.

53 J. Rawls, nota 41. Ver también L. Kern. "Von Habermas bis Rawls", en L. Kern y otros (Eds.). *Gerechtigkeit; Diskurs oder Markt? Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, 1986, pp. 83 y ss.

debe anotar que derechos y libertades fundamentales son, ante todo, derechos de defensa: *status negativus*[54]).

Hacia una dirección parecida a la de la regla de prioridad de Rawls se dirige el *principio de tolerancia*. También tolerancia es algo que se adeuda sobre todo a los pobres y a los más débiles, cuya existencia está amenazada. Como se mostrará en el capítulo XX, en nuestras relaciones especialmente complejas la tolerancia ha adquirido una significación extraordinaria. Difícil será sobre todo respecto de procesos con objetos fuertemente normativos. Con frecuencia no será posible decir en forma *positiva* qué es unívocamente lo que se demanda de la tolerancia, sino –de manera similar a la fórmula de Radbruch sobre la "antijuridicidad legal" (ver abajo, pp. 352 y ss.)– sólo *negativamente*, aquello que por antonomasia es intolerante. También aquí, como en general en el ámbito de la justicia material (social), se trata de conocimientos bajo riesgo. Se tiene que reconocer al relativismo un derecho restringido. Además no se debe evaluar el relativismo en cuanto algo negativo por definición, como sucede frecuentemente, pues él es el fundamento de la tolerancia y de la democracia (ver adelante en el capítulo XX). En todo caso es preciso defendernos de un "relativismo absoluto". La cuestión es, finalmente, si es posible una restricción coherente del relativismo por medio de los derechos humanos y de los principios generales del derecho. ¿Son estos puntos fijos a los cuales se puedan sujetar las decisiones jurídicas? A esta pregunta deseamos dedicarnos en seguida.

IV. DERECHOS HUMANOS

Según la opinión de muchos, los derechos humanos (la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos puede ser omitida en este contexto) son aquel componente fundamental de la ética y del derecho que es generalizable y posee, de hecho, validez universal. Los derechos humanos constituyen la más preciosa herencia que nos ha dejado el siglo XIX. Ha de recordarse aquí a Paul Johann Anselm v. Feuerbach quien, como jurista afecto al criticismo de Kant, ciertamente negó la existencia de un derecho

54 Comparar arriba p. 215.

natural objetivo pero, a pesar de esto, afirmó expresamente la existencia de derechos naturales subjetivos anteriores al Estado, dignos de ser garantizados por él[55]. Es necesario mencionar también la controversia histórica con respecto a los derechos humanos entre Montesquieu y Rousseau, entre el liberalismo y el democratismo. Según una versión, estos valen por sí, el Estado debe sólo protegerlos. De acuerdo con la otra versión, estos valen sólo en la medida en que sean garantizados por el Estado.

Sobre la universalidad de los derechos humanos se ha escrito mucho en los últimos tiempos[56]. Es en efecto indudable que los derechos humanos manifiestan un alto grado de generalidad; estudios en derecho comparado lo han mostrado. Sin embargo, con los derechos humanos sucede lo mismo que con el antiguo derecho natural: son generales cuando son pensados en forma muy abstracta; cuanto más orientados estén hacia las circunstancias reales y se concreten, tanto más contingentes y relativos aparecen. Por tal razón no son escasas las voces críticas que ponen en entredicho la generalidad de los derechos humanos[57].

El derecho de los hombres a la vida y a la dignidad, cuando se menciona así, en forma general, no es cuestionado por nadie. Pero qué pasa con la *protección de la vida* en concreto, es decir, en el caso de pacientes gravemente enfermos y moribundos (la ayuda pasiva a morir cuenta hoy con muchos

---

55 P. J. A. v. Feuerbach. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796.

56 Ver en especial L. Kühnhardt. *Die Universalität der Menschenrechte; Studie zur ideengeschichtlichen Bestimmung eines politischen Schlüsselbegriffs*, 1987; W. Schreckenberger. "Die Universalität der Menschenrechte als Prinzip der Rechtssrhetorik", en *Rechtstaat und Menschenwürde*; *Festschrift für W. Maihofer*, 1988, pp. 481 y ss.; E. Denninger. "Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität", en *Kritik und Vertrauen*; *Peter Schneider zu ehren*, 1990, pp. 45 y ss.; recientemente, J. Hinkmann. *Philosophische Argumente für und wider die Universalität der Menschenrechte*, 1996; H. Maier. *Wie universal sind die Menschenrechte?*, 1997; aconsejable G. Haney. "Aufklärung und juristische Zeitenwende; Jenas Beitrag zur Humanisierung des Rechts", en R. Gröschner/M. Morlock (Eds.). *Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs* (*ARSP*-Beiheft 71), 1997.

57 Ver por ejemplo G. Haney. "Vom Privilegium zum Recht", en *ARSP* 76 (1990), pp. 285 y ss.

partidarios)[58] o bien en relación con el *nasciturus* (cuya protección se encuentra hoy sólo en el papel)[59], o bien en el caso de recién nacidos con severos daños en su salud (las voces a favor de la eutanasia en estas situaciones se multiplica a ojos vistas)[60], y ni qué hablar de las muertes en guerra y de los múltiples riesgos a los que se exponen los hombres por causa de la era atómica y la técnica genética. Hace tiempo que la vida humana dejó de ser un valor absoluto[61]. Ya ni siquiera se sabe quién es "ser humano". El espectro del concepto de "hombre" abarca desde el parecer según el cual la vida del hombre se inicia ya con la fecundación del óvulo humano, hasta la opinión de que "hombre en sentido pleno" sólo es aquel que posee una conciencia y puede comunicarse con otros.

Incluso cuando la *dignidad humana* se llena de contenido tampoco escapa a toda contingencia y relatividad. Tan sólo cuando la dignidad humana no se relaciona con ningún contenido es absoluta, pero entonces es también vacía. Un ejemplo: en uno de los debates sobre el problema del aborto en el Parlamento ambas posturas argumentaron con base en el mandamiento de respeto a la dignidad humana. Los partidarios de la no punición

---

58 Ampliamente sospechoso Peter Singer. *Praktische Ethik*, 1989, pp. 174 y ss. Ver también R. Hegselmann/R. Merkel (Eds.). *Zur Debatte über Euthanasie*, 1991. Con respecto a mi punto de vista, comparar A. Kaufmann. *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983, pp. 137 y ss. Recientemente sobre estas cuestiones, Ronald Dworkin. *Die Grenzen des Lebens; Abtreibung*, *Euthanasie und persönliche Freiheit* (del inglés), 1994, y R. Merkel. "Ärzliche Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin; Ethische und strafrechtliche Probleme", en *JZ* 1996, pp. 1145 y ss.

59 También aquí representa Singer un punto de vista "extremadamente" liberal; nota 58, pp. 146 y ss.

60 Remito tan sólo a E. W. Hanack. "Grenzen der ärtzlichen Behandlungspflicht beim schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht", en *MDR* 1985, pp. 33 y ss. A. Kaufmann. "Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie", en *JZ* 1982, pp. 481 y ss. También, del mismo, *Strafrecht* (nota 58), pp. 117 y ss.

61 En este sentido ya G. Stratenwerth. "Sterbehilfe", en *SchwZStrR* 95 (1978), pp. 77 y ss. Sobre mis representaciones en relación con la protección de la vida humana desde la perspectiva de un observador, ver W. Kerber. "Der Schutz menschlichen Lebens in der Rechtsphilosophie von Arthur Kaufmann", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 161 y ss.

del aborto (por lo menos durante los tres primeros meses de embarazo), pusieron sobre el tapete que de la dignidad humana (el principio de autodeterminación de la mujer) se deriva la posibilidad para la mujer embarazada de disponer en libertad de su "vientre". Aquellos que estaban a favor de que se conservara la prohibición de abortar argumentaron, por el contrario, que la dignidad humana le corresponde a todo ser humano viviente y, por tanto, también al concebido y no nacido, razón por la cual la mujer embarazada no puede disponer, por principio, sobre el embrión. Ambas argumentaciones *juntas* pueden tener evidentemente validez, si la "dignidad humana" no se piensa materialmente, si es tan sólo una palabra vacía. Pero en el momento en que se piense en forma material, y naturalmente siempre será pensada de manera material, y esto significa a partir de la experiencia (pues de lo contrario carecería de cualquier valor argumentativo) necesariamente, que por lo menos una de las dos opiniones es falsa (ambas pueden efectivamente ser falsas). No se debe pasar por alto que a la dignidad humana siempre le subyace una determinada imagen del hombre, y dicha imagen es relativa. Tal como decía Joseph J. M. van der Ven, quien, sin duda, no ha sido ningún escéptico: "Los derechos humanos, ya sea declarados o convenidos, son positivizaciones del derecho y evolucionan, en consecuencia, condicionados por la situación"[62]. Así mismo se lee en Friedrich Dürrenmatt: "Los derechos humanos no tienen validez, tan sólo la tiene su interpretación; así, pues, devienen relativos"[63].

Pero, ¿qué sucede con el artículo 19 párrafo 2 GG (Ley Fundamental), conforme al cual ningún derecho fundamental puede ser tocado en su *contenido esencial*? ¿No es acaso por lo menos ese "núcleo esencial" "generalizable"? Entre tanto, ¿qué significa "contenido esencial" de un derecho fundamental? Este enigma se ha intentado resolver desde la existencia de la Ley Fundamental[64].

Existe una teoría que destaca el "núcleo substancial" del derecho fundamental respectivo. Ese núcleo substancial tiene que "subsistir" luego de

---

62 J. J. M. van der Ven. *Ius humanum; Das Menschliche und das Rechtliche*, 1981, p. 3.

63 Friedrich Dürrenmatt. *Gesammelte Werke*, T. 7, 1996, pp. 708 y ss.: "Über Toleranz" (p. 727).

64 Sobre este tema (con numerosa documentación) A. Kaufmann. "Über den 'Wesensgehalt' der Grund und Menschenrechte", en *ARSP* 70 (1984), pp. 384 y ss.

una vulneración del derecho. Acá se argumenta, manifiestamente, en forma ontológica substancial. ¿Qué es, poniendo un ejemplo, lo que queda en derechos de libertad para el condenado a una pena de prisión perpetua? Sin lugar a dudas no el "núcleo" de la libertad. Otra teoría afirma que lo importante no es lo que quede sobrando, sino que lo decisivo es, más bien, el criterio de la proporcionalidad; no se permite que la vulneración del derecho fundamental contenga un "exceso". Con esto nos deshacemos, naturalmente, del pensamiento sobre la "garantía del contenido esencial". Una tercera teoría establece que la Ley Fundamental no garantiza de manera alguna los derechos del hombre individuales subjetivos sino sólo la "institución" de la propiedad o de la vida o de la libertad. El artículo 19 párrafo 2 significa, así, solamente una garantía institucional, y ésta no se pone en entredicho cuando se encarcela un ser humano a perpetuidad. Finalmente, Niklas Luhmann afirma, desde una perspectiva funcionalista, que la barrera del contenido esencial no asegura ni una protección individual, ni institucional. El artículo 14 GG, por ejemplo (garantía de la propiedad), "no protege al individuo en su personalidad y tampoco en su específica necesidad objetiva, no le reconoce ni alimentación, ni protección contra el mal tiempo, ni siquiera un mínimo aprovisionamiento de símbolos culturales, sino que asegura su papel de miembro del sistema de comunicación de la economía, pues sin dicha garantía el sistema de comunicación no puede ser asegurado [...] Tan sólo en su papel específico, en cuanto miembro de la sociedad, se brinda protección al propietario y esto no en virtud de su personalidad [...] sino en virtud de la capacidad de funcionamiento del sistema económico [...] La Constitución no brinda una protección al valor, tan sólo una protección a la función"[65].

El interrogante sobre la "protección esencial" no se puede discutir aquí en detalle. Sólo debe dejarse en claro que la generalidad del "contenido esencial" no conduce muy lejos. Ninguna de las teorías mencionadas satisface. Sólo someramente: de acuerdo con la concepción relacional (no ontológica substancial) expuesta aquí, los derechos humanos serán

---

65 N. Luhmann. *Grundrechte als Institution; Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 1965, pp. 59 y ss., especialmente 120 y ss.

protegidos siempre sólo *en relación con los derechos de los otros*. Siempre son derechos personales. Por una parte, persona es *relatum* en la relación jurídica; no existe, por tanto, ningún derecho que no pudiese ser, por lo menos en forma mediata, un derecho de la persona. Por otra parte, la persona también determina la *relatio*: lo que sea una relación correcta sólo puede determinarse, cada vez, según la medida de las múltiples relaciones en que se encuentran las personas entre sí. La propiedad, para retomar nuevamente este ejemplo, no es, según su "manera de ser", ni substancia ni valor en dinero, sino, como lo expresa Goethe (en *Prometheus*, fragmento de 1773): "El círculo que colma mi actividad, nada más ni nada menos". Propiedad es *actio*, es actividad, es autorrealización de la persona[66]. Quien no nombra algo propio, no puede ser persona en sentido completo. En este lugar es necesario advertir sobre el afán de nivelación. Aquello que "colma la actividad del hombre" difiere de persona en persona. Es probable que el mecenas de arte indique como propios valores millonarios, el arribista, empero, no. Por tal razón el "residuo" que permanece luego de la vulneración de un derecho fundamental puede ser, caso por caso, muy diferente. Ese "sobrante" no se puede universalizar. Sólo se puede decir que no es admisible despojar a un hombre de todo bien, pues no le sería posible una vida humana digna.

Se ha demostrado, por consiguiente, que los derechos humanos tampoco valen en forma rigurosamente absoluta y que, a pesar de su ayuda, no se puede superar del todo el relativismo. Son, precisamente, derechos de los hombres y para los hombres y nada en lo humano es absoluto. Esto vale también para los principios generales del derecho.

---

66 Ver también Schopenhauer. *Kleines Schopenhauer-Brevier*, 2ª ed., 1988, p. 143: la propiedad de un ser humano "es tan sólo aquello elaborado mediante sus fuerzas". Sólo nos pertenece aquello que cuidamos solícitamente. En este mismo sentido también B. Brecht. *El círculo de tiza caucasiana*, sexta escena: "Lo que está allí debe pertenecer a quienes obtendrán provecho de ello, por tanto/los hijos a la madrecita, para que se críen bien". En Brecht no es a la madre a quien corresponde el derecho sobre el niño en cuestión, a diferencia de lo que ocurre con Salomón. Sobre esto ver W. Schild. "Das Urteil des Königs Salomo; Reflexionen zur Rechtsprechung zwischen Weisheit und Methode", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 282 y ss.

V. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del derecho (*general principles of law*) desempeñan en la discusión iusfilosófica del derecho contemporáneo (así lo mostramos en el capítulo IV, V) un papel trascendental. Al respecto se debe advertir sobre una confusión muy propagada: los principios no se pueden "aplicar" como en una receta de cocina; con dichos principios no obra la "subsunción" de la forma que opera con los preceptos del hurto. Para esto, ellos son demasiado generales y también muy normativos. Pero tales principios son tópicos (*topoi*) muy importantes de la argumentación y tienen, por ende, gran peso cuando se trata de la protección de las minorías y de los más débiles. En efecto, cuanto más se concretan, tanto más contingentes devienen y rara vez se podrá fundamentar una decisión sólo en *un* principio tal. En el fondo no se puede presentar abstractamente la forma como actúan los principios generales en la argumentación, tan sólo se puede demostrar con ejemplos. Esto sucederá a continuación y, concluyentemente, con base en un ejemplo de la bioética. Con un ejemplo se ilustrará, también, la problemática de la guerra y la paz, del armamentismo y del desarme[67].

1. El principio del *suum cuique tribuere* (Cicerón): a cada quien se le debe garantizar lo suyo. Lo mínimo que a cada quien le corresponde es su vida propia, individual, insustituible, su identidad. Por tanto, cada quien tiene derecho a manejar su vida conforme a sus inclinaciones (sin duda no cuando se trata de inclinaciones que amenazan a la comunidad) así sea una vida "mediocre" o "defectuosa". Protección absoluta de la vida.

2. La *regla de oro* ("Sermón de la montaña", Jesús). Su forma positiva: haz a los demás aquello que desearías que los demás hiciesen por ti. Es decir, persigue el bienestar de tu hijo enfermo, así como, si tú estuvieses enfermo, te gustaría que cuidaran de ti (y no te mataran). En su forma negativa: no hagas a los demás aquello que no deseas que te hagan. Por consiguiente, si tú no deseas ser manipulado, entonces no propagues la manipulación genética y no la practiques en otros. No violencia, deber de asistencia.

3. El *imperativo categórico* (Kant): a) Obra de acuerdo con tales máximas que tú puedas desear se erijan en leyes generales. b) Obra de tal manera

---

67 A. Kaufmann. *Gerechtigkeit; der vergessene Weg zum Frieden*, 1986, pp. 95 y ss.

que consideres a la humanidad en tu persona, así como en la persona de cualquier otro, siempre, a un mismo tiempo, como fin y nunca tan sólo como medio. Si no deseas ser la copia de otro, entonces tampoco fomentes la clonación de personas en general. Autonomía, dignidad humana.

4. El *principio de juego limpio* (John Rawls): obra de tal manera que todos los interesados participen de igual forma tanto en las ventajas como en las desventajas. Un proyecto que sólo traiga consigo avances y provecho para la mayoría pero perjudique, exclusivamente, a la minoría no es justo. Protección a las minorías.

5. El *principio de responsabilidad* (Hans Jonas): obra de tal manera que las consecuencias de tu acción no destruyan, amenacen o disminuyan la posibilidad de la vida humana y de su medio ambiente hoy y en el futuro. En consecuencia, no practiques tecnologías genéticas cuyo progreso de vanguardia un día se transforme en daños imprevisibles para la humanidad. Etica de la ecología, ética de futuro.

6. El *principio de tolerancia* (Arthur Kaufmann): obra de tal forma que las consecuencias de tu acción sean compatibles con el mayor rechazo o la más significativa disminución de la miseria humana. Así: respeta y reconoce aun a aquellos cuya vida en la sociedad vale poco: a los impedidos, a los concebidos no nacidos, a los moribundos, a los llamados, con cinismo, "indignos de vivir". Utilitarismo negativo.

Las argumentaciones a partir de dichos principios (todavía existen más), los cuales se encuentran todos relacionados entre sí, no son obligatorias. Podría ser, no obstante, que fuesen en alto grado evidentes. Ellas guardan el punto medio aristotélico entre la pretensión de absoluto y la de relatividad.

VI. ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO

En el presente capítulo se habló sobre el fin del derecho: el *bonum commune*. Representa el capítulo central en relación con la estructuración del derecho. Reduciéndolo a su mínima expresión, se trata de la *humanidad*. Arriba se dijo que la idea de derecho era el resultado de la idea del hombre. No se hace referencia a una justicia sobrenatural y tampoco a una pura funcionalidad técnica. Se relaciona con el hombre, tal como es. Aquí se inician las preguntas antropológicas.

Ya la doctrina sobre la justicia de Radbruch señala, consecuentemente, al hombre como fundamento y fin de todo derecho (comparar de nuevo el esquema 5, arriba p. 176) y así, también, a la antropología del derecho. El mismo, sin embargo, no se ocupó de ella. Este no fue en su momento un rasgo de la época. Durante mucho tiempo la antropología fue una hijastra de la ciencia. Al respecto existen explicaciones[68].

Naturalmente, en la filosofía siempre se trató, en todo caso, del problema de los hombres, aun cuando dicho tema no era el núcleo central. La antigüedad giró en torno al cosmos, a la naturaleza, de la cual el hombre se sentía formar parte. En la edad media fue, así mismo, un miembro del orden de creación surgido a partir de Dios. No es posible hablar, por tanto, de una antropología en Platón, Aristóteles, San Agustín, Tomás de Aquino, Nicolás de Cusa... De todas maneras se pueden descubrir algunos primeros intentos de una antropología del derecho natural en la *Stoa*, y algunos pretenden observar en la sentencia de Cicerón: *natura enim iuris explicanda nobis est*, *eaque ab hominis repentenda natura*, *considerandae leges quibus civitates regi debeant*[69], la hipótesis programática de la investigación antropológico jurídica[70]. Visto así, entonces, podemos encontrar en el derecho natural de la modernidad –en Hobbes, Spinoza, Locke, Thomasius, Bentham, Rousseau– así como en Hugo, Ahrens y Röder formulaciones antropológico jurídicas. Pero dichas corrientes no representan una antropología en sentido estricto pues, en su gran mayoría, desconocieron la posibilidad de que el hombre se desligase del pretendido orden del mundo. Allí donde la modernidad liberó al hombre de sus fundamentos conductores y lo colocó sobre sí mismo, lo consideró tan sólo como un "sujeto" de la razón, en tanto sujeto de conocimiento, por ende, como un sujeto trascendental o en forma panteísta, en cuanto razón del todo. Inclusive Kant en su *Antropología*

---

68 Varias introducciones en forma resumida a la antropología moderna ofrece K. Lorenz; ver de éste *Einführung in die philosophische Anthropologie*, 2ª ed., 1992 y, de G. Haeffner, *Philosophische Anthropologie*, 1982.

69 Cicerón. *De legibus*, I, 17: "La naturaleza del derecho, por cierto, se debe explicar y debe ser deducida a partir de la naturaleza de los hombres".

70 Así por ejemplo, E. J. Lampe. "Rechtsanthropologie", en *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, LDR 18, marzo 7 de 1986.

en sentido pragmático (primera edición 1798, segunda edición 1800) se interesó propiamente por el hombre como persona moral, pero no por los hombres en cuanto criaturas humanas.

De tal suerte, existieron muchas *imágenes del hombre*[71], pero ninguna antropología. La ruptura se efectuó con Friedrich Wilhelm Schelling, la filosofía de la vida hizo luego recepción de dicho tema; al respecto se debe mencionar también a Arthur Schopenhauer. Sin embargo, tan sólo a raíz del método fenomenológico de Edmund Husserl fue posible una antropología científica independiente. De allí partió Max Scheler, quien por primera vez formula expresamente el método antropológico y se convierte, por tal razón, en pionero de la moderna antropología filosófica[72]. Posteriormente algunos, por ejemplo Ludwig Klages, Helmuth Plessner, Erich Rothacker, Adolf Portmann, Arnold Gehlen (todos ellos ejercieron influencia durante la primera mitad del siglo XX), fueron, de una u otra forma, impregnados por la fenomenología. Dentro de la filosofía existencialista, sobre todo Jean Paul Sartre adelantó investigaciones antropológicas[73]. La antropología experimentó, en general, su más alto desarrollo en Francia, donde ya Henri Bergson

71 También en el derecho existen no pocas "imágenes" del hombre. Comparar, por ejemplo, G. Radbruch. *Der Mensch im Recht*, 1927 (= GRGA, T. 2, 1993, pp. 467 y ss.); K. Engisch. "Der Mensch im Recht", en, del mismo, *Vom Weltbild des Juristen*, 2ª ed., 1995, pp. 26 y ss.; H. Sinzheimer. *Das Problem des Menschen im Recht*, 1933; U. Klug. "Das Menschenbild im Recht", en W. Silber (Ed.). *Das Menschenbild der Gegenwart*, 1955, pp. 35 y ss.; J. J. M. van der Ven. *Ius humanum*, *Das Menschliche und das Rechtliche*, 1981, pp. 18 y ss.; F. Kopp. "Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft, en Rechtsstaat, Kirche und Sinnverantwortung", en *Festschrift für K. Obermayer*, 1986, pp. 53 y ss.; H. O. Mühleisen. "Überlegungen zum Zusammenhang von Menschenbild und politischer Ordnung", en *Festschrift für F. Pirkl zum 60. Geburtstag*, 1985, pp. 103 y ss. Como complemento, también, Arthur Kaufmann. "Das Menschenbild im Recht; Rechtsphilosophische Aspekte", en *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, 1993, pp. 415 y ss.

72 M. Scheller. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 1928 (6ª ed., 1962); del mismo, *Schriften zur Anthropologie* (editado por M. Arndt), 1994.

73 J. P. Sartre. *Critique de la raison dialectique*, 1960. Se trata de una antropología impregnada por el marxismo. Una antropología desde la perspectiva del estructuralismo presenta C. Lévi-Strauss. *Strukturale Anthropologie* (del francés), 1966. Desde el punto de vista cristiano, W. Pannenberg. *Anthropologie in theologischer Perspektive*, 1983.

había realizado trabajos preliminares; resta mencionar únicamente a Gaston Bachelard y a Maurice Merleau Ponty. En tiempos recientes la investigación sobre el comportamiento constituye el punto cardinal de los trabajos antropológicos; Konrad Lorenz desempeñó en este campo un trabajo de vanguardia.

Lo dicho muestra, en términos claros, que no existe una historia de la antropología jurídica. Aún en el presente no se ha arraigado definitivamente una disciplina tal. Wolfgang Fikentscher anota, en forma muy pertinente, que la conciencia metódica a ese respecto todavía no ha evolucionado en el concepto[74]. No existe ni siquiera acuerdo en torno al modo de plantear el problema antropológico jurídico. Una corriente representada, especialmente, por Jan M. Broekman y Ernst-Joachim Lampe[75] le otorga a la antropología jurídica un pronunciado *acento iusfilosófico*; intenta legitimar el derecho a partir de la determinación del hombre. Otra corriente, cuyo representante más notable es Leopold Pospisil[76], observa en la antropología jurídica una *disciplina* puramente *empírica*; sus trabajos de investigación se pueden mencionar, someramente, con términos como internalización, culturización y desculturización, igual que antropología jurídica etológica, psicológica, etnológica y diferencial; a más de esto, observación y descripción de conductas desviadas, así como formas de comportamiento cultural y subcultural.

La antropología jurídica filosófica en sentido propio, a la que Joseph J.

---

74 W. Fikentscher. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, T. 1, 1975, p. 60. Ver también, del mismo, *Modes of Thought; A Study in the Anthropology of Law and Religion*, 1995.

75 M. Broekman. *Recht und Anthropologie*, 1979; E. J. Lampe. *Rechtsanthropologie; Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, 1970; del mismo (Ed.), "Beiträge zur Rechtsanthropologie", en *ARSP*-Beiheft 22, 1985; del mismo, *Grenzen des Positivismus; eine rechtsanthropologische Untersuchung*, 1988; del mismo autor, "Anthropologische Legitimation des Grundgesetzes", en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, T. 4), 1996, pp. 189 y ss.; del mismo, "Anthropologische Struktur und Geschichtlichkeit des Rechts", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 199 y ss.

76 L. Pospisil. *Anthropologie des Rechts; Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*, 1982. Sobre él, P. Landau. "Anthropologie des Rechts; Zur Rechtsanthropologie von Leopold Pospisil", en *FamRZ*, 1986 pp. 126 y ss.

M. van der Ven dedicó gran parte de su vida[77], adquiere hoy en la era de la biotecnología, principalmente de la tecnología genética, una posición claramente relevante. ¿En qué medida tales tecnologías, que pueden transformar la faz del mundo, con consecuencias para muchas generaciones por venir, son conciliables con el *bonum commune*, con el bienestar de los hombres? ¿Qué indica en este contexto la fórmula consagrada en el artículo 1º párrafo 1 de la Ley Fundamental sobre el respeto a la dignidad humana?[78].

Si en la filosofía del derecho contemporánea predomina la conciencia de que desconocemos propiamente aquello que es el derecho, entonces esto es tan sólo un reflejo del aún muy profundo desconcierto sobre lo que el hombre en sentido propio es. Dostoievski dijo alguna vez: "La hormiga conoce la fórmula de su hormiguero, la abeja la de su colmena –no lo conocen, ciertamente, en el sentido humano– pero no precisan de más. Tan sólo el hombre desconoce su fórmula"[79].

---

77 De manera resumida se presenta en el tomo *Ius humanum; Das Menschliche und das Rechtliche*, 1981. Ver también, del mismo, "Recht, Mensch, Person; eine rechtsanthropologische Anfrage an die Rechtsvergleichung", en W. Hassemer (Ed.). *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, pp. 15 y ss. De la literatura existente sobre el tema es necesario mencionar a H. Ryffel. *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie; Philosophische Anthropologie des Politischen*, 1969; H. Zemen. *Evolution des Rechts; eine Vorstudie zu den Evolutionsprinzipien des Rechts auf anthropologischer Grundlage*, 1983. En relación con las pequeñas contribuciones son dignas de mención Th. Würtenberger *sen*. "Über Rechtsanthropologie", en *Mensch und Recht; Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, 1972, pp. 1 y ss.; W. Maihofer. "Anthropologie der Koexistenz", allí mismo, pp. 163 y ss.; P. Noll. "Die Normativität als rechtsanthropologisches Grundphänomen", en *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, pp. 125 y ss.; R. Wittmann. "Prolegomena zu einer Philosophischen Anthropologie des Rechts", en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 31 y ss.; Erik Wolf. *Das Problem einer Rechtsanthropologie*; Festschrift für Max Müller, 1966, pp. 130 y ss.; R. Zippelius. "Erträge der Soziobiologie für die Rechtswissenschaft", en *ARSP* 73 (1987), pp. 386 y ss.; H. Müller-Dietz. "Existentielles Naturrecht und Rechtsanthropologie", allí mismo, pp. 391 y ss. Recientemente, A. Speer. "Ethik oder Anthropologie; Zur Bedeutung anthropologischer Fragen im Kontext ethischer Problemstellungen", en B. Ziemske y otros (Eds.). *Festschrift für Martin Kriele*, 1997, pp. 1037 y ss.

78 Sobre esto ver más abajo pp. 552 y ss., especialmente 556.

79 Citado según Th. Würtenberger *sen*. "Jurisprudenz und philosophische Anthropologie",

VII. OBSERVACIÓN FINAL

Es posible anclar todos los *interrogantes materiales* de la filosofía del derecho en la *justicia social.* Las cuestiones específicas de la justicia social –principio de subsidiariedad, derecho a la resistencia, guerra, paz y otros más– pueden ser ubicadas en capítulos propios. Esto depende de la libertad de configuración del autor. Si en este libro las preguntas más generales de la justicia social –por ejemplo, utilitarismo, derechos humanos, antropología jurídica– se consideran en el capítulo sobre "la justicia social", esto sucede, ante todo, porque con ello se hace ostensible que la justicia social representa el *tema central* de una filosofía del derecho material (el gran peso del último capítulo –principio de tolerancia– obedece a otro motivo, muy independientemente de que la mayoría de los problemas allí tratados pertenecen, en igual forma, a la justicia social). Este concepto global de justicia social sobresale también en la "definición" de H. F. Zacher: "Un puñado de necesidad de justicia, justicia de mérito, justicia de oportunidad, justicia de acceso a la propiedad, 'justicias' que se complementan una y otra vez, de la misma forma que pueden entrar en tensión, es más, en contradicción las unas con respecto a las otras"[80].

En lo que concierne a las *cuestiones específicas de la justicia social* no es posible obtener una presentación completa. Bajo el signo del "sistema cerrado" Gustav Radbruch aspiró de nuevo a una completud (su "filosofía del derecho" podría ser la última filosofía "clásica" del derecho). Así, se ocupó de temas como propiedad, contrato, matrimonio, derecho de sucesión, derecho penal, pena de muerte, proceso, estado de derecho, derecho eclesiástico, derecho internacional, guerra. Pero una presentación cerrada de estas cuestiones fracasa, puesto que el "material" del derecho se encuentra predominantemente determinado por la historia y, por ende, en constante cambio. Radbruch no pudo ocuparse, *v. gr.*, de la informática jurídica. Posi-

---

en *Die Vielstimmigkeit der Wissenschaft*; Freiburger Dies Universitatis, T. 7, 1957/1959, p. 100.

80 H. F. Zacher. "Sozialrecht und Gerechtigkeit", en A. Kaufmann y otros (Eds.). *Desgleichen Rechtsstaat und Menschenwürde*; Festschrift für Werner Maihofer, 1988, pp. 669 y ss., especialmente 687.

ble es tan sólo un "sistema abierto", razón por la cual únicamente se podrá ofrecer una selección de la "parte especial" de la justicia social. En el presente libro se escogieron, sobre todo, el principio de subsidiariedad, el derecho a la resistencia, la desobediencia civil, la doctrina del "espacio libre de derecho", guerra y paz, pluralismo, sociedad de riesgo, bioética (entre otras, medicina reproductiva, genética humana, clonación de hombres) y tolerancia. El criterio determinante para la preferencia fue su actualidad histórica.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

La idea de derecho. Justicia como seguridad jurídica (paz jurídica). Tensiones en la idea de derecho

I. LITERATURA

Ver capítulo X.

II. LOS TRES MOMENTOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: POSITIVIDAD, OPERATIVIDAD, INVARIABILIDAD

Seguridad jurídica puede significar dos cosas: 1. La seguridad *por medio del derecho*, defensa contra robo, asesinato, hurto, violación contractual; 2. La seguridad *del derecho mismo*, la garantía de su posibilidad de conocimiento, de su operatividad, de su aplicabilidad. Hay seguridad por medio del derecho, únicamente, cuando el derecho mismo ofrece certeza. En esta segunda forma –seguridad jurídica en sentido propio o estricto– se trata de la eficacia del derecho[1]. Sólo de ella nos ocuparemos aquí. Un aspecto parcial de la seguridad jurídica, así entendida, es la *fuerza de cosa juzgada* de las sentencias judiciales. Significa que una sentencia tal no puede ser impugnada con los instrumentos jurídicos ordinarios (apelación, revisión, recurso de queja). El proceso se encuentra terminado, *Roma locuta*, *causa finita*.

Puesto que el principio de igualdad es de *naturaleza formal* y de esta manera los contenidos jurídicos correctos *no* pueden ser *reconocidos unívocamente*, en razón de la paz jurídica tiene que *fijarse* de manera autoritativa qué es lo que debe ser derecho válido, la ley por medio de la promulgación, la sentencia judicial a través de la fuerza de cosa juzgada. Creación de derecho no es, entonces, tan sólo un proceso de conocimiento; es, así mismo, una *decisión*, una exteriorización de *poder*[2].

Para que el derecho sea seguro requiere de *positividad*. Positividad significa, con todo, sencillamente sólo la circunstancia de que el derecho está

---

1 Comparar K. L. Kunz. "Einige Gedanken über Rationalität und Effizienz des Rechts", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 187 y ss. Igualmente, R. Zippelius. *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1994, pp. 161 y ss. Recientemente, en forma profunda, H. Eidenmüller. *Effizienz als Rechtsprinzip; Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1995.

2 Sobre este tema sigue siendo importante C. Schmitt. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, especialmente pp. 24 y ss. Una valiosa lectura, también, P. Noll/H. Bachmann. *Der kleine Machiavelli; Handbuch der Macht für den täglichen Gebrauch*, 1987.

"fijado" (el derecho consuetudinario no se encuentra fijado, aunque es consecuencia de un uso positivo durante un lapso extendido y constante), lo decisivo es que las características de la ley se determinen de la manera más exacta posible y, en consecuencia, se puedan establecer sin arbitrariedad (¡mandato de determinación!). Conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, mal trato, reprochabilidad), cláusulas generales (por ejemplo, buena fe, buenas costumbres) y situaciones de hecho fuertemente normativas (*v. gr.*, verdad, peligrosidad, anomalía) amenazan la seguridad jurídica, pues subsiste el peligro de una jurisprudencia considerablemente divergente y, por ende, una falta de certeza sobre aquello que es derecho. De otro lado, las normas casuísticas, que ponen en lista con detalle de manera exacta lo que debe ser correcto, garantizan un alto grado de seguridad jurídica, pero en el caso concreto pueden vulnerar la justicia material (justicia del bien común). Quien siembra normas, no cosecha justicia, dice un refrán. No es posible resolver del todo esa antinomia; fundamentalmente se le concederá prioridad a la seguridad jurídica, a la paz jurídica, precisamente. Sobre esto BGH (Tribunal Federal alemán) (asuntos civiles), en *JZ* 1954, pp. 152 y ss.:

> Con relación a los alcances de prácticamente todas las normas sobre derechos fundamentales se presentan diversas opiniones. El mismo sino acompaña, en particular, a las así llamadas cláusulas generales y a conceptos tales como buenas costumbres, buena fe, el bienestar general, que requieren ser completados por medio de representaciones de valor y no se someten a ningún canon completamente unificado, objetivo. Esto es en sí supremamente peligroso, pero, a pesar de poner en evidencia una profunda inseguridad y ambigüedad, tiene que ser aceptado en determinadas relaciones. La exigencia de seguridad jurídica jamás puede ser llenada de manera total en un Estado de derecho con una legislación positiva prácticamente exenta de vacíos, pues con la diversidad de circunstancias de hecho tiene que permanecer un espacio con miras a la discrecionalidad judicial y la complementación valorativa de las cláusulas generales.

Para que el derecho sea seguro tiene que cumplir una exigencia más: que sea *practicable*. Las situaciones de hecho jurídicamente relevantes tienen que ser reconocibles, en la medida de lo posible, libres de error. Esto conduce, frecuentemente, hacia una tipificación vaga y hacia una formalización de los supuestos de hecho legales, lo que en el caso concreto puede originar

contradicciones con la justicia material. Para el testamento, por ejemplo, se prevé una configuración muy formal y estricta del precepto y constatar así, en lo posible, sin lugar a dudas, la voluntad del otorgante luego de su muerte. No sin frecuencia es factible que un testamento concebido en forma seria fracase por causa de estos preceptos formales. Pensemos, ahora, en el derecho electoral. La justicia material demanda que tan sólo aquellos ciudadanos capaces de juzgar tengan derecho a voto (o más peso que los inexpertos). Esto, sin embargo, podría traer consigo falta de certeza, pues ¿cómo se pretende determinar, sin arbitrariedad, quién es capaz de juzgar? Nuestro derecho electoral es igualitario. El voto de todo mayor de edad tiene el mismo peso. Desde luego este criterio es fácil de manejar, pero injusto en muchos casos.

El tercer momento de la seguridad, finalmente, es la *invariabilidad* del derecho (permanencia, durabilidad). Lo que es derecho debe permanecer derecho, dice otro refrán. No debe estar permitido cambiar el derecho en forma fácil. Una legislación de oportunidad no garantiza un manejo uniforme, confiable. Ciertamente, la exigencia de inmutabilidad del derecho puede ocasionar conflicto de intereses en la idea de derecho. Desde la perspectiva de la justicia material, una norma defectuosa debe ser cambiada lo más rápido posible por otra mejor. Pero la justicia tampoco puede tolerar un cambio permanente de legislación; esto conduciría a una falta de uniformidad en la aplicación del derecho y traería consigo injusticia. Paz jurídica puede existir tan sólo cuando el derecho se puede predecir, cuando es calculable. Léase una vez más la definición de derecho formulada por Oliver Wendell Holmes, p. 266.

III. TENSIONES EN LA IDEA DE DERECHO

El principio de igualdad se dirige, predominantemente, a prohibir la arbitrariedad. La justicia material (justicia social), persigue la realización del bien común. La seguridad jurídica pretende la paz jurídica. Pero seguridad jurídica no significa, necesariamente, la aplicación cierta del derecho justo, sino la ejecución segura del frecuentemente defectuoso derecho positivo. De esto pueden resultar conflictos de intereses, especialmente entre la justicia material y la seguridad jurídica. ¿Qué sucede en caso de conflicto cuando las dos no se puedan realizar a un mismo tiempo?

Aristóteles ya había observado que, por causa de su generalidad,

ninguna ley puede hacerle justicia a todos los casos particulares. Pero si debido a eso se despojase a las leyes de su validez esto originaría, entonces, una inseguridad extraordinaria; no se podría confiar más en las leyes. De acuerdo con la intención, una ley que dispusiera: "Aquel que realice una conducta antijurídica, digna de ser castigada, será sancionado en forma conveniente", sería una ley totalmente justa, pero en su operatividad sería extremadamente insegura y traería consigo gran injusticia. *Summum ius, summa iniuria* dictaminó ya Cicerón[3]. Sócrates dijo a Critón, quien intentó convencerlo de la fuga: "¿Crees tú que un Estado pueda aún subsistir y no sea destruido cuando los juicios fallados no tengan ninguna fuerza y los particulares los anulen y quebranten?"[4]. Y Goethe opinó: "Es mejor que sufras una injusticia a que el mundo se quede sin leyes. Sométanse todos, por tanto, a la ley"[5]. ¿Es esta la última palabra: lo injusto puede preceder al derecho, en razón de la paz jurídica? El positivismo jurídico responde afirmativamente; desea otorgarle a la seguridad jurídica la más alta posición, aun cuando signifique una injusticia legal.

La experiencia con los sistemas injustos de nuestro tiempo nos ha mostrado que tampoco la seguridad jurídica es un valor absoluto. No obstante, el rechazo de la seguridad jurídica tiene que restringirse a casos extremos de *injusticia legal*, pues con frecuencia las corrupciones legislativas no son fáciles de reconocer, sin que se presenten dudas, y esto puede traer consigo incertidumbres. En sus esfuerzos por superar las injusticias causadas por el nacionalsocialismo, Gustav Radbruch acuñó una fórmula que se volvió muy conocida. Esta, desde luego, no es la piedra filosofal; sería muy difícil, sin embargo, encontrar una fórmula mejor. A continuación, literalmente, los pasajes más importantes[6]:

> El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su

---

3 Cicerón. *De officiis*, 1, X, 33.

4 Platón. *Critón*, 50 b. Sobre esto, recientemente, P. R. Palá. *Justicia*, *Comunidad*, *Obediencia*; *El pensamiento de Sócrates ante la ley*, 1996.

5 Goethe. *Maximen und Reflexionen*, en *Werke*, ed. Hamburger, T. XII, p. 379 (Nº 113).

6 G. Radbruch. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *SJZ* 1946, pp. 105 y ss. (107) = GRGA, T. 3, 1990, pp. 83 y ss. (89).

> contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse "como falso derecho". y ceder el paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad que integra el núcleo de la justicia se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es sólo "derecho incorrecto", sino carece por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como un orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia.

La jurisprudencia de las máximas instancias judiciales se ha servido en repetidas ocasiones de dicha fórmula[7]. En relación con la antigua República Democrática Alemana (órdenes de disparar en el muro de Berlín) ha cobrado otra vez vigencia[8]. De una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán se extraen las siguientes tesis[9]:

---

7 Ver, ante todo, *BGHSt* 39, pp. 1 y ss.: BVerfG, en *JZ* 1997, pp. 142 y ss., especialmente 145. Ambas decisiones conciernen a los disparos mortales en el muro de Berlín.

8 Sobre esto ver R. Dreier. "Gesetzliches Unrecht im SED-Staat?; Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 57 y ss.; Monika Frommel. "Die Mauerschützenprozesse; eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel", allí mismo, pp. 82 y ss. Respecto a la fórmula de Radbruch, se ha escrito mucho en tiempos recientes. Lamentablemente dichos trabajos sólo son parcialmente útiles, pues en lugar de "supra legal" (Radbruch emplea únicamente ese concepto) sin motivo alguno se dice "supra positivo", tal como si las dos palabras tuviesen el mismo significado. Esto no es del caso. El derecho consuetudinario, por ejemplo, es derecho "positivo" (positivo gracias a un uso constante y extendido en el tiempo), no es, sin embargo, derecho "legal". Radbruch concibió la positividad del derecho siempre como una característica necesaria del derecho; derecho "supra positivo" no existe para él. Sobre esto en detalle, Arthur Kaufmann. "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht", en *NJW* 1995, pp. 81 y ss.; H. Dreier. "Gustav Radbruch und die Mauerschützen", en *JZ* 1997, pp. 241 y ss.; F. Saliger. *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, 1995. Interesante también la apreciación ético-teológica de los disparos mortales en el muro de Berlín: J. Gründel. "Umgang mit Schuld; Theologisch-etische Perspektiven", en F. Haft (Ed.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 423 y ss.

9 *BVerfGE* 3, pp. 225 y ss.

> La seguridad jurídica es un elemento esencial del principio de Estado de derecho. Dicho principio, a su vez, forma parte de las decisiones básicas efectuadas en la Ley Fundamental, que persiguen la realización de postulados auténticos de justicia. Al legislador constitucional le es posible descuidar la seguridad jurídica tan sólo hasta un determinado límite. Una norma que negara, falseara o desatendiera en forma intolerable la función de preservación de la paz inmanente al derecho, entonces podría ser nula aun poseyendo la configuración de norma constitucional primigenia. Con todo, no puede dejarse de lado que el principio de seguridad jurídica se encuentra, frecuentemente, en contradicción con la exigencia de justicia material y que tiene que ser, ante todo, tarea del legislador decidir ese conflicto algunas veces a favor de la seguridad jurídica, otras, en pro de la justicia material. Si esto sucede sin arbitrariedad, entonces no pueden existir reparos frente a un procedimiento tal. Un motivo legítimo para restringir, en cierto margen y por cierto tiempo, la seguridad jurídica se presentará para el legislador, en particular, cuando él acepta o establece tales restricciones en pos de la realización de la justicia material propiamente dicha.

La cuestión cardinal reside en que, respecto de la ley, se trate de una "injusticia legal". En la práctica esto deberá ser estimado, en primer lugar, conforme a si existe una vulneración de un derecho humano o fundamental y/o de un principio general del derecho.

Aquello que anteriormente se dijo en relación con las leyes vale, *mutatis mutandi*, también para las sentencias judiciales. Sin la *fuerza de cosa juzgada* un proceso jamás llegaría a su fin. Casi siempre por lo menos una de las partes del proceso se siente injustamente tratada con la sentencia y no daría término al conflicto. Uno se puede imaginar sin dificultad lo que esto significaría para la paz jurídica en la sociedad. También se presenta el caso de que una sentencia en firme no sea necesariamente una sentencia correcta. En relación con las sentencias judiciales sucede, ciertamente, que el conflicto con la justicia material está determinado en la ley misma: un proceso ya finalizado por medio de una sentencia que ha hecho transito a cosa juzgada puede reabrirse (aparte de cuando existen hechos nuevos muy relevantes jurídicamente) sólo cuando la sentencia contiene errores crasos (§§ 359 y ss. StPO). Esto significa, no obstante, que las demás sentencias defectuosas quedan en firme. A manera de ejemplo ilustrativo se citará el fallo proferido por una máxima instancia judicial, en donde se toma posición con respecto

a dicho conflicto[10]. Las circunstancias de hecho y de derecho eran las siguientes: se presentó un caso de cosa juzgada parcial. La sentencia de la instancia preliminar había hecho tránsito a cosa juzgada respecto de la culpabilidad, sólo en relación con la pena continuó adelantándose el proceso. En el proceso de impugnación (sobre la cuestión de la pena) resultó que el pronunciamiento sobre la culpabilidad había sido erróneo. El acusado no habría debido ser condenado. ¿Puede ser absuelto, pese a la existencia de una condena en firme? ¡El BGH (Tribunal Federal alemán) decidió que no!

> En cuanto justificación de la exigencia a favor de la ruptura de la fuerza de cosa juzgada parcial, se alude al mandato de justicia incondicional, que no tolera que con fundamento en un fallo judicial, reconocido como defectuoso, se castigue a un ser inocente. Frente a tales consideraciones, que se dejan llevar por el sentimiento de derecho, se tiene que acentuar, con decisión, el significado de la fuerza de cosa juzgada para la seguridad jurídica.

Esta sentencia ha sido muy cuestionada. Precisamente por ello es instructiva. ¿Dónde reside la frontera entre justicia material y seguridad jurídica? Esto no se podrá determinar nunca en forma general y para todos los tiempos. Todavía más, se muestra que la idea de derecho no se asienta en un cielo de valores en donde reina la armonía pura, sino en el mundo de los hombres y es, por consiguiente, contingente y finita.

10 *BGHSt* 7, pp. 283 y ss. (285).

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

La validez del derecho. Derecho de resistencia. Desobediencia civil

Achterberg, N./W. Krawietz (Eds.). "Legitimation des modernen Staates", en *ARSP*-Beiheft 15 (1891); Alexy, R. *Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed., 1994; Barros, E. *Rechtsgeltung und Rechtsordnung*, 1984; Benedict, H. J. *Ziviler Ungehorsam als christliche Tugend*, 1989; Böttcher, D. *Ungehorsam oder Widerstand? Zum Fortleben des mittelalterlichen Widerstandsrechts in der Reformationszeit (1529-1530)*, 1991; Cardauns, L. *Die Lehre vom Widerstandsrecht des Volks gegen die rechtmässige Obrigkeit im Luthertum und im Calvinismus des 16. Jahrhunderts*, 1903 (reimpr. 1973); Dreier, R. "Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht", en *Festschrift für R. Wassermann*, 1985, pp. 299 ss.; del mismo, *Recht-Staat-Vernunft*, 1991, pp. 39 ss.: "Widerstandsrecht im Rechtsstaat?, Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam"; Dyzenhaus, D. "The Legitimacy or Legality", en *ARSP* 82 (1996), pp. 324 ss.; Fleisch, N. H. *Ziviler Ungehorsam; oder gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat?*, 1989; Frankenberg, G. "Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie", en *JZ* 1984, pp. 266 ss.; Garrn, H. "Rechtswirksamkeit und faktische Recthsgeltung", en *ARSP* 55 (1969), pp. 161 ss.; Glotz, P. (Ed.). *Ziviler Ungerhorsam im Rechtsstaat*, 1983; Grossmann, A. "Demokratische Loyalität und Ungehorsam; Perspektiven der lutherischen Zweireichelehre", en *ARSP* 78 (1992), pp. 68 ss.; Habermas, J. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992; del mismo, *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1985, pp. 79 ss.; *Ziviler Ungehorsam; Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*; Hassemer, W. "Ziviler Ungehorsam; ein Rechtfertigungsgrund?", en *Festschrift Für R. Wassermann*, 1985, pp. 325 ss.; Häussermann, T./H. Krauter (Eds.). *Recht zum Widerstand*, 1983; Heinz, E. K. "'Geltung' und 'Verbindlichkeit' im Bereich normativer Ordnungen", en *ARSP* 55 (1969), pp. 355 ss.; Heyland, C. *Das Widerstandsrecht des Volkes gegen Verfassungswidrige Ausübung der Staatsgewalt im neuen deustchen Verfassungsrechts*, 1950; Hofmann, H. *Legitimität gegen Legalität; Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 3ª ed., 1995; del mismo, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977; Hruschka, J. "Zum Problem der Verbindlichkeit von Rechtsnormen", en *ARSP* 54 (1968), pp. 159 ss.; Husserl, G. *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925; Isenssee, J. *Das legalisierte Widerstandsrecht; Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, 1969; Jakobs, G. (Ed.). *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976; Karpen, U. "'Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat", en *JZ* 1984, pp. 249 ss.; Kaufmann, A. *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, 1990; del mismo, *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit; Aspekte des Widerstandsrechts von der antiken Tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit, vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam im modernen Rechtsstaat*, 1991; Kaufmann, A./L. Backmann (Eds.). *Widerstandsrecht*, 1972 (con literatura); Kelsen, H. "Vom Geltungsgrund des Rechts", en *Festschrift für A. Verdross*, 1960, pp. 157 ss.; Klenner, H. "Das Widerstandsrecht bei Kant", en *ARSP*-Beiheft 39, 1991, pp. 54 ss.; Klug, U. "Rechtslücke und Rechtsgeltung", en *Festschrift für Nipperdey*, 1965, pp. 89 ss.; Köhler, M. *Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtslehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1973; Kunz, K. L. "Einige Gedanken über Rationalität und Effizienz des Rechts", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 187 ss.; Laker, Th. *Ziviler Ungehosram*, 1986; Langer, S. "Staatliches Gewaltmonopol und 'Ziviler Ungehorsam'", en *RTh* 17 (1986), pp. 220 ss.; Larenz, K. *Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929 (reimpr. 1967); Lippold, R. "Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechsnormen", en *RTh* 19 (1988), pp. 463 ss.; Lüderssen, K. "Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung", en *Festschrift für H. Coing*, T. 1, 1982, pp. 549 ss.; del mismo, *Genesis und Geltung in der*

Rechtswissenschaft, 1996; Luhmann, N. “Die Geltung des Rechts”, en *RTh* 22 (1991), pp. 273 ss.; Mehring, K. “Carl Schmitts Kritik des Konzepts Legitimität kraft Legitimation, im Hinblick auf das Grundgesetz betrachet”, en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, Vol. 4), pp. 111 ss.; Neumann, U. “Theorien der Rechtsgeltung”, en W. Hassemer/V. Gessner (Eds.). *Gegenkultur und Recht*, 1985, pp. 21 s.; Paulson, St. L. “Neue Grundlagen für einen Begriff der Rechtsgeltung”, en *ARSP* 65 (1979), pp. 1 ss.; Remele, K. *Ziviler Ungehorsam; Eine Untersuchung aus der Sicht christlischer Sozialethik*, 1992; Rivas, P. “La triple justificación de la desobediencia civil”, en *Persona y Derecho; Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Vol. 34 (1996), pp. 117 ss.; Roellecke, G. “Die Legitimation des Grundgesetzes in der Sicht der Systemtheorie”, en Brugger, W. (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes in Sicht von Rechstphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, Vol. 4), 1996, pp. 419 ss.; Roxin, C. “Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam”, en *Festschrift für Horts Schüler-Springorum*, 1993, pp. 441 ss.; Schmitt, C. *Legalität und Legitimität*, 5ª ed., 1993; Schneider, H. *Widerstand im Rechtsstaat*, 1969; Schnieder, E. *Ziviler Ungehorsam in der angloamerikanischen Rechtswissenschaft*, 1993; Scholler, H. “Widerstand und Verfassung”, en *Der Staat* 8 (1969), pp. 19 ss.; Schreiber, H. L. *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966; Schreiber, R. *Die Geltung von Rechtsnormen*, 1966; Stratenwerth, G. “Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam”, en *Festschrift für H. Popitz*, 1990; pp. 257 ss.; Varga, C./O. Weinberger (Eds.). *Rechtsgeltung*, *ARSP*-Beiheft 27, 1986; Vitzthum, W. “Graf, Eher Rechtsstaat als Demokratie; Zu Zielvorstellungen im deutschen Widerstand”, en J. Burmeister (Ed.). *Verfassungsstaatlichkeit*; Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, pp. 79 ss.; Weinkauff, H. *Über das Widerstandsrecht*, 1956; Weizsäcker, C. F. v. *Der ungesicherte Friede*, 2ª ed., 1979, pp. 115 ss.; *Ziviler Ungehorsam und Verzicht auf Widerstand*; Welzel, H. *An den Grenzen des Rechts; Die Frage der Rechtsgeltung*, 1966; del mismo, “Macht und Recht, Rechtspflicht und Rechtsgeltung”, en *Festschrift für K. G. Hugelmann*, Vol. 2, 1959, pp. 833 ss.; del mismo, “Gesetz und Gewissen”, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsdenken*; Festschrift zum 100 jähringen Bestehen des Deutschen Juristentages, Vol. 1, 1960, pp. 383 ss.; Würtenberger, Th. Sen., “Die Legalität”, en *Festschrift für Rudolf Laun*, 1953, pp. 607 ss.

II. DERECHO Y DEBER

Carl August Emge se pronunció alguna vez de la siguiente manera sobre el problema de la validez jurídica: “La cuestión fundamental de la filosofía del derecho se encamina a saber cómo a partir de imperativos, de presuntos deberes conforme a la experiencia, así sea también aquellos de un [...] poder supremo, son posibles normas realmente vinculantes, un auténtico deber ser, esto es, algo enteramente distinto”[1]. Y en otra parte agrega: “Haber

1 C. A. Emge. “Das Apriori und die Rechtswissenschaft”, en *ARSP* 21 (1927/28), pp. 519 y ss., especialmente 529.

entendido este problema significa comprender toda la estructura de la filosofía del derecho"[2].

Con esto queda esbozado nuestro tema, o sea, cómo imperativos del legislador, que se *aplican* fácticamente de manera más o menos estricta y, en esta medida, tienen que ser cumplidos, pueden ser concebidos como normas *vinculantes*, cuya observancia es un deber. Aquí no nos interesa la "validez empírica" en el sentido pensado por Max Weber, de que determinadas personas individuales tengan una "posibilidad calculable" "de conservar a su disposición bienes económicos [...] o de adquirirlos en el futuro", pero que "supone la ayuda de un aparato coercitivo" existente para el efecto[3]. En virtud de una fundamentación tal de la validez a partir del poder estatal (teoría del imperio) resultan, entretanto, esperanzas, posibilidades, expectativas para determinados sujetos jurídicos –así lo vio, en efecto, Weber–, mas ningún deber para otros sujetos jurídicos de suplir dichas esperanzas. En este lugar no nos interesa la posibilidad de la aplicación de para norma jurídica (este, desde luego, es un problema importante, ante todo, para la sociología jurídica, pero no pertenece a nuestro tema) sino la *oportunidad de recepción de una norma jurídica de acuerdo con su contenido en la conciencia de los obligados jurídicamente.* Se trata del *carácter obligatorio de las normas jurídicas*. Un deber y, en consecuencia, también un deber jurídico, que pretenda ser un deber genuino, sólo se puede fundamentar moralmente, sencillamente por su eficacia vinculatoria frente a la conciencia (con lo cual no se debe afirmar que derecho y moralidad sean una misma cosa)[4].

Para una mejor comprensión tiene que subrayarse, que nuestra manera de plantear el problema es *trascendental* (en el sentido de Kant)[5]. Concierne a las condiciones de posibilidad de las normas jurídicas, en tanto son reconocidas como vinculantes en la conciencia. Con esto no se quiere decir que tales condiciones sean realmente cumplidas o que alguna vez se realicen.

---

2 C. A. Emge. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1925, p. 86.

3 M. Weber. *Rechtssoziologie*, editado por J. Winckelmann, 1960, pp. 57 y s.

4 Sobre esto ver capítulo XIV.

5 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, B 25: "Llamo trascendental a todo conocimiento que de ningún modo se ocupa de objetos, sino de la manera en que conocemos los objetos, en cuanto esto sea posible *a priori*. Un sistema de tales conceptos se llamaría filosofía trascendental".

No significa, de manera alguna, que no exista otra forma de "valer", con base en la cual las normas sean observadas. Sin lugar a dudas hay distintos grados de vigencia: efectividad fáctica, reconocimiento, aceptación, asentimiento, consenso, vinculatoriedad, curso legal, legitimidad, obligatoriedad; luego, es posible distinguir entre corrección y validez. Habermas habla de "legitimidad por medio de la legalidad"[6], que recuerda a la "normatividad de lo fáctico" (Georg Jellinek), y es, también, igualmente problemático (ver arriba p. 170). Indudable es, así mismo, que la posibilidad de observancia del derecho es mayor cuando es reconocida por la conciencia de quien está obligado jurídicamente. Seguramente uno se tendrá que conformar, o podrá acomodarse, con un grado mínimo de validez. Después de todo, la manera como tenga que constituirse el derecho es de gran significación, pues así será aceptado en forma óptima como compromiso en la conciencia.

III. AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA

Auténticos deberes sólo pueden ser fundamentados de manera autónoma y no heterónomamente. Pero –y aquí nos tropezamos con la primera dificultad– también la autonomía, entendida de modo excesivo, destruye la legalidad normativa. Autonomía significa auto legislación. La frase "el hombre tiene una naturaleza autónoma" significa, en el estricto sentido del término, que él mismo se da las normas que rigen su actuar, que él es su propio legislador. En la moderna filosofía de la existencia, por lo menos en su orientación más extrema, pero quizá más consecuente, esto es, en Jean Paul Sartre, se entiende la idea de autonomía, precisamente, en este sentido. Eso no ocurre porque sí. En la filosofía de la existencia el ser en sí mismo se concibe en cuanto esencia del yo, en tanto que perfecta posesión de sí mismo. El hombre es Dios de sí mismo y, por consiguiente, su propio legislador. Entonces, continúa Sartre, aquello que el hombre es y la forma como habrá de realizarse primeramente puede estipularse y establecerse en la existencia por medio de la propia decisión del hombre y no mediante una idea suministrada con antelación: *L'homme n'est rien d'autre que se qu'il fait. Tel*

---

6 Ver J. Habermas. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, pp. 541 y ss.

est le premier principe de l'existentialisme; *Aucune morale générale ne peut vous indiquer ce qu'il y a à faire...*; *L'homme se fait, il n'est pas tout fait d'abord, il se fait en choisissant sa morale*; *... qu'il n'y a d'autre législateur que lui même...*[7].

La reflexión sobre la autonomía moral de la persona, de la manera que nos aparece llevada al extremo en la filosofía de Sartre, constituye un desmedido exceso existencial. La representación conforme a la cual el hombre es la única medida de sí mismo y de sus obras conduce a un subjetivismo sin salida. ¿Cómo se deben fundamentar, a partir de allí, normas vinculantes para el actuar del hombre, cuando cada quien es su propio legislador? ¿Cómo puede un legislador general establecer la manera en la que yo y los muchos otros debemos obrar? El problema cardinal de todo orden normativo, es decir, *el problema de la generalización*, se vuelve insoluble.

Si la exigencia moral y jurídica pretende tener un carácter obligante, entonces tiene que representar una medida que no sea puramente subjetiva. Que los valores sean objetivos, eso queda en tela de juicio. De todas maneras, surge la pregunta sobre si por ese camino no nos hallamos de nuevo frente a la heteronomía y, con ello, ante la renuncia a un verdadero deber ser.

Kant, el padre de la idea de autonomía en la ética, intenta salir adelante entre los escollos de Escila y Caribdis, con su consideración de que en la autonomía "la voluntad no se somete exclusivamente a la ley [...] sino que se somete de tal forma como si fuera su propia legisladora y en razón de esto, precisamente, se tiene que ver, ante todo, sujeta a la ley (de la cual puede ser considerada autora)"[8]. ¿Cómo puede someterse así la voluntad a la ley cuando ésta puede ser considerada, simultáneamente, su autora? ¿Con la noción de la voluntad autolegisladora no estaríamos de nuevo ante la posición de Sartre? Pero, en definitiva, no se comprendería correctamente a Kant si se pretendiese interpretar su doctrina de la autonomía moral de la persona en el sentido de que el individuo pudiese darse a sí mismo, de manera arbitraria, las leyes que regulen su obrar[9]. Pues hay que tener en

---

7 J. P. Sartre. *L'existentialisme est un humanisme*, 1959, pp. 22, 37, 47, 78, 93.
8 Kant. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 431.
9 Sobre esto detalladamente, Arthur Kaufmann. *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, pp. 118 y ss.

cuenta que cuando Kant habla de autonomía de la persona jamás se refiere al hombre en cuanto sujeto individual, al *homo phainomenon*, "al hombre en el sistema de la naturaleza", en tanto "criatura física sensible" (uno más de los que pertenecen al género de los animales) con todas sus casualidades, sus coincidencias, sus posibilidades de errar. En este lugar piensa, más bien, siempre al sujeto racional general, al *homo noumenon*, es decir, a la "personalidad independiente de las determinaciones físicas", al hombre meramente "conforme a su humanidad", como "una naturaleza dotada de libertad interior", como "personalidad moral", como "razón pura que legisla jurídicamente"[10]. Pues sólo la *razón* puede ser autónoma, puede ser regulativa y determinante. Lo racional no es nunca para Kant lo individual y particular, sino lo general y genérico. En ese mismo sentido comprende Kant la conciencia, como órgano de la razón práctica, autónoma.

En este bosquejo de Kant el hombre aparece en su totalidad no en cuanto esencia pura autónoma, ni en tanto naturaleza pura heterónoma. Esto permitiría estar más cerca de la realidad. Pero subsisten problemas. En Kant la autonomía es, en efecto, únicamente pensada, constituye un principio regulativo. Análogamente, el *imperativo categórico* es, también, un proceso puro formal, "un proceso de pensamiento muy sutil" (Arthur Schopenhauer[11]), que "presupone un orden de las cosas ético-material objetivo"[12]. Tampoco la conciencia debe ayudar a encubrir la pura arbitrariedad, ella tiene que estar atada a algo fuera del interés propio. ¿No estamos diciendo con esto algo contradictorio? ¿Acaso no es la conciencia, precisamente, aquella voz interior que se expresa sin considerar lo que viene de afuera? Puesto de otra forma: ¿no es la conciencia *per definitionem* un órgano subjetivo del juicio, ya que cualquier alusión a una "conciencia objetiva" sería equivocada?

---

10 Comparar por ejemplo Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, pp. 226, 239, 335, 418; *Kritik der praktischen Vernunft*, edición de la Academia, pp. 74, 154 y s., 237.

11 Schopenhauer. *Sämtlicher Werke*, editada por W. Freiherr von Löhneysen, T. III, 1980, p. 667.

12 H. Welzel. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962 (reimpr. 1980), p. 169.

IV. LA CONCIENCIA: ¿UN ÓRGANO DEL JUICIO INDIVIDUAL-SUBJETIVO O GENERAL-OBJETIVO?

La opinión sobre que la conciencia del hombre se encuentra vinculada a algo dado con anticipación es muy antigua. Ya Sófocles lo tematizó en la *Antígona*[13]:

> ¿Qué transgresión he cometido contra ninguna ley divina? ¿Qué necesidad tengo, en mi desdicha, de elevar mi mirada hacia los dioses? ¿Para qué llamarlos en mi ayuda, si por haber obrado piadosamente me acusan de impiedad? Porque si esto merece la aprobación de los dioses, reconoceré que sufro por haber pecado, pero si son ellos los que pecan, no deseo que sufran otros males que los que me hacen padecer injustamente.

El derecho será colocado frente a la convicción de conciencia suprapositiva de *Antígona*. En última instancia no decidió su conciencia, a los dioses les correspondía la decisión sobre si ella había procedido correctamente. Los errores de conciencia corren por cuenta de quien yerra.

La idea de una *conciencia objetiva* encuentra, seguramente, su expresión más nítida en la filosofía del derecho de Hegel. Como filósofo idealista pretende construir, en cuanto configuración del Estado, la síntesis de la vinculación objetiva y de la libertad subjetiva, de la generalidad y de la particularidad. El punto neurálgico, acá, es el papel de la conciencia individual. Hegel reconoce esto en verdad, literalmente, pero si "la conciencia de un determinado individuo se muestra conforme a la idea de conciencia, si lo que se tiene y da por bueno es así mismo bueno, esto se reconoce tan sólo por el contenido de lo que debe ser bueno [...] El Estado no puede reconocer la conciencia en su forma propia, esto es, en cuanto conocimiento subjetivo..."[14]. Esta cuestión cumple en la práctica un papel no poco significativo, por ejemplo, respecto a la objeción de conciencia relativa a la prestación del servicio militar (artículo 12 a GG[15]) o en la moral sexual de la Iglesia católica.

---

13 Sófocles. *Antígona*, escena 12.

14 Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 137.

Ya Hans Welzel reparó frente a Hegel que “la idea, empero, de esta conciencia ‘objetiva’ que se contrapone, así, a la conciencia de un individuo determinado y que es la única que puede considerarse como un santuario intangible [...] significa, en realidad, el aniquilamiento de la conciencia en su ‘forma peculiar’ [...] Una conciencia que no sea individual-subjetiva, sino general-objetiva es una contradicción en sí misma [. . .] Nada tiene por eso de extraño que en el momento en que Hegel pasa a la moralidad concreta ‘desaparecen’ la ‘substancialidad moral’, la obstinación y la propia conciencia del individuo, la cual sería para sí y constituiría una oposición frente a aquella. Pese a todas sus altisonantes palabras sobre la conciencia y la singularidad subjetiva, Hegel hace que éstas se sumerjan en el mar de la generalidad sustancial, es decir en el Estado”[16].

Hegel no se asienta en el suelo de la tradición occidental. De acuerdo con ésta, le corresponde a la conciencia y, por supuesto, a la conciencia individual, en cuanto acomodada a una medida objetiva –valores morales–, la primacía y vinculatoriedad final, a pesar de que, viéndolo objetivamente, se tenga que caracterizar en tanto “conciencia errónea”. Como es bien sabido, Tomás de Aquino le atribuyó a la conciencia que se equivoca, sin culpa, fuerza vinculante y no temió las consecuencias respecto a que si aquel que tiene por vinculante en su conciencia el mal que ha de realizar no lo hace, caiga en pecado[17].

Entretanto, ¿cómo puede existir una *conciencia que yerra* cuando la conciencia es la última instancia? Filósofos notables negaron también la posibilidad de una conciencia que se equivoca. Kant dice: “Una conciencia que yerra es un absurdo [. . .] porque uno, a veces, muy bien puede equivocarse en el juicio objetivo sobre si algo constituye deber o no; mas en el

---

15 Sobre esto comparar H. Scholler. “Gewissen-Gewissensfreiheit-Kriegsdienst-Kriegsdienstverweigerung”, en *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 27 (1982), pp. 20 y ss. Globalmente, del mismo autor, “Gewissensspruch als Störung”, en L. Philipps/ H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 187 y ss.

16 H. Welzel. *Naturrecht* (nota 12), p. 179.

17 Tomás de Aquino. *Summa Theologica* I, II, 19, 5. Sobre esto A. Kaufmann en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 49 y ss.

juicio subjetivo no puedo equivocarme sobre si lo he comparado con mi razón [...] práctica, por motivo de aquel juicio, pues entonces no podría haber juzgado en absoluto. Cuando alguien comprende haber actuado según su conciencia, no se le puede exigir más en lo que concierne a la culpa o a la inocencia"[18]. Algo no muy diferente se lee en Fichte: "La conciencia no yerra jamás y no puede errar; por cuanto constituye la conciencia inmediata de nuestro yo primigenio y puro, que no es superado por ninguna otra conciencia; que no puede ser juzgada ni corregida conforme a otra conciencia; que es ella misma juez de toda convicción, pero no reconoce ningún juez más alto sobre ella. Decide en última instancia y es inapelable. Pretender superarla significa querer separarse de ella. Todos los sistemas morales materiales, esto es, los que buscan un fin del deber fuera del deber mismo, van más allá y se envuelven en el error fundamental de todo dogmatismo, que busca el motivo último de aquello que está en el yo y es para el yo, fuera del yo"[19].

Kant y aún más Fichte están comprometidos con una filosofía ideal subjetivista. A partir de esta perspectiva es correcto que fuera del yo y sobre él no pueda existir ninguna instancia más. Considerando la otra faceta se puede decir con Welzel: "La posibilidad de un error de conciencia supone que una acción no sólo pueda ser valorada en su sentido moral-subjetivo, en cuanto consciente o inconsciente, sino también en el aspecto ético-objetivo como moralmente correcta o incorrecta. Ambas valoraciones no coinciden en absoluto"[20]. La consecuencia parece ser, así pues, la siguiente: o bien la conciencia subjetiva constituye la última instancia, razón por la cual no puede existir ningún orden material de valores exterior o superior que ligue la conciencia (aun cuando puede representar, en todo caso, una pauta no vinculante para ésta); no se vislumbra cómo se pueda evitar la anarquía de acuerdo con este punto de vista. O bien existe un orden material de valores vinculante y, por ende, la conciencia no constituye la instancia definitiva y última; una acción que vulnere un deber objetivo puede, de todas formas, valorarse como error de conciencia disculpable y, por tanto,

---

18 Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 401.
19 Fichte. *Das System der Sittenlehre*, III, § 15.
20 H. Welzel. *Vom irrenden Gewissen*, 1949, p. 13; comparar también 15.

como no imputable. Esta es la antigua distinción tomista entre el error *iuris invincibilis* y el error *iuris vincibilis*, que también subyace al Código Penal alemán (§ 17). En consecuencia, la fuerza vinculante del orden moral y jurídico no se fundamentará, según parece, finalmente en la conciencia. ¿No quiere esto decir, al menos para el orden jurídico, que su validez se fundamentará en la heteronomía, que los deberes jurídicos no son, de ninguna manera, deberes auténticos, que en el derecho existe un tener que, mas no un deber ser real? ¿No estará el hombre determinado, efectivamente, por medio del derecho legislado, en forma de legislación externa? ¿O es, por último, completamente equivocado poner de alguna manera en contacto la validez del orden jurídico con el fenómeno de la conciencia?

V. Reconocimiento y consenso

Si se verifica un repaso de los autores modernos, esta cuestión tiene que ser respondida afirmativamente. El criterio decisivo para la validez de un orden normativo, máxime del orden jurídico, se llama *reconocimiento*, *consenso* (teoría del reconocimiento, teoría del consenso)[21]. El fenómeno del reconocimiento se tropieza, entretanto, con aporías, así como ocurre con el fenómeno de la conciencia. Es cierto que reconocimiento de una norma jurídica no tiene que significar reconocimiento en conciencia; motivo para ello también puede ser el egoísmo, la indiferencia o la angustia por los efectos de una vulneración de la norma. Pero tendría que ser *reconocimiento por parte de quienes se encuentran individualmente sometidos al orden jurídico*, con lo cual la obligatoriedad jurídica dependería de la arbitrariedad de aquellos que deben ser vinculados –una consecuencia inaceptable que, en definitiva, conduciría a la anarquía–. Por tal razón se vio la necesidad de una modificación. No concebir el reconocimiento en cuanto acto real del sujeto de derecho sino, como lo encontramos sobre todo en Hegel, en tanto un *tener que reconocer lógico necesario*, que no se puede eludir a discreción: a propósito, por el deseo de procurarse él mismo propiedad, el ladrón reconoce el derecho de

---

21 Ver ante todo J. Habermas. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, *passim*.

propiedad y con ello su protección jurídica, colocándose, por tanto, en contradicción consigo mismo ("lógica del hecho propio"). Pero, independientemente de tener que reconocer en virtud de la consecuencia lógica, no es un reconocimiento real. La así entendida teoría del reconocimiento fracasa, por lo menos frente al delincuente en conciencia y convicción, el cual no está en contradicción consigo mismo, pues rechaza la norma jurídica, conscientemente, en razón de un deber real más alto que el supuesto[22].

Las nuevas teorías de reconocimiento y consenso no argumentan ya más sobre esta base, sino buscan *formalizar el proceso de reconocimiento en una funcionalización respectiva*. Esto ha sucedido de la manera más consecuente en la *teoría del sistema* que se rastrea en Talcott Parsons, y en Alemania es representada, ante todo, por Niklas Luhmann. Reconocimiento no significa –así enseña Luhmann– asentimiento a partir de convicción, pues en una sociedad compleja el sistema político sólo puede funcionar cuando el sujeto del orden jurídico también funciona, cuando aprende, en lo posible, libre de molestias y se ajusta al sistema; también él es parte del sistema total, así que, en últimas, el sistema mismo produce el reconocimiento[23]. En este concepto hay una apreciación correcta: los sistemas de derecho sólo pueden garantizar orden cuando la observancia del derecho está garantizada. Pero las normas, los imperativos, pueden convertir, así mismo, un "orden" funcional en un sistema injusto, por ejemplo, en campos de concentración. Una teoría del reconocimiento que prescinde del contenido, del ser justo de las normas (para Luhmann la justicia no es, así y todo, algo real sino únicamente un símbolo, del cual uno se sirve para asegurar buenas intenciones[24]), no está en condición de fundamentar su deber ser.

Otro camino recorrieron las *teorías del consenso en sentido estricto*. Existen principalmente dos versiones: el *modelo del contrato* y el *modelo del discurso*.

---

22 Sobre la problemática del delincuente por convicción ver A. Kaufmann. *Schuldprinzip* (nota 9), pp. 137 y ss. (con más documentación). Gustav Radbruch se pronunció enfáticamente en favor de un tratamiento especial para los delincuentes por convicción (ningún castigo indigno). En GRGA, T. 8, 1997, se imprimieron todos sus trabajos completos sobre el tema. Comparar sobre esto también, H. J. Hirsch. *Strafrecht und Überzeugungstäter*, 1996.

23 Comparar N. Luhmann. *Rechtssoziologie*, T. 2, 2ª ed., 1983, *passim*.

24 Comparar N. Luhmann. "Positives Recht und Ideologie", en *ARSP* 53 (1967), pp. 567 y s.

Puesto que dichas teorías habrán de ser tratadas en el capítulo XVIII, aquí se ofrecerá apenas un pequeño bosquejo.

Al modelo del pacto (cuyo principal representante es John Rawls) le subyace la idea del contrato social, así como fue desarrollado por Rousseau, especialmente. No significa una descripción de cómo se originan el derecho y el Estado, sino que representa un experimento intelectual ficticio sobre cómo se tiene que reflexionar respecto de un orden libre y justo. También con Rawls se trata de obtener normas universalizables sobre la base de que las personas morales ficticias que juzgan se coloquen en un estado original de naturaleza igualmente ficticio y, desde allí, decidan las reglas fundamentales para la comunidad jurídica.

El modelo del discurso (cuyo principal representante es Jürgen Habermas) se distingue del modelo del contrato, particularmente, por cuanto no ocurre en forma de monólogo sino de manera comunicativa. Pero también aquí las reglas se obtienen a partir de una situación ficticia, a partir de la "situación de lenguaje ideal de diálogo"; también aquí el consenso es únicamente algo pensado.

En ambos modelos este consenso pensado no significa *ningún criterio*, aun cuando sí un *indicio* importante para la verdad y la corrección. Por consiguiente, en el *caso normal* (en el Estado de derecho) es posible y suficiente apoyar la validez del orden jurídico sobre el consenso de la sociedad. En *caso de excepción* (en el Estado que no es de derecho), sin embargo, fracasa el criterio de consenso, si de otro modo no se desea caracterizar al mal consentido formalmente (a la ley ignominiosa producida en conformidad con la Constitución) como bueno y correcto.

En relación con esto se debe reflexionar acerca de una circunstancia que hace muy problemáticas las teorías del reconocimiento y del consenso: un reconocimiento *real* por parte de quienes están sometidos jurídicamente o un consenso *real* de la comunidad sobre la que se pretende fundamentar el orden jurídico, como dijimos, no existe. Por esta razón Rudolf Bierling ya había dicho en el siglo pasado que el reconocimiento no requiere consumarse en un acto consciente conforme a la razón, pues el reconocimiento es una conducta habitual, duradera, por lo cual, así mismo, es suficiente un reconocimiento no consciente, indirecto. Expresado de otra forma, la concepción de comunidad de argumentación libre, así como fue concebida en

sus fundamentos por Charles S. Peirce, posee únicamente el carácter de una idea regulativa que sirve a la *validez reclamada* de la reconstrucción argumentativa (considerado de otro modo, la doctrina del reconocimiento es un principio heurístico). Una validez que se afirma debe ser tratada, de tal manera, como si el consenso pudiese confirmar dicha aseveración. Este consenso no se puede alcanzar, sin embargo, de hecho, pero será presumido en la exigencia fáctica de validez.

Con esto se esclarece que el consenso *real* de ninguna manera es un criterio de validez para el derecho, sino su *capacidad* de consenso. En este sentido ya Gustav Radbruch había mencionado que "la teoría del reconocimiento pasa imperceptiblemente de la justificación jurídica, a partir del reconocimiento verdadero, a la justificación jurídica, a partir del simple deber de reconocer"[25].

VI. LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA DEL DERECHO A LA PERSONA Y A LA CONCIENCIA

Con esto hemos retornado a nuestra posición inicial. ¿Qué es lo que hace que una norma de derecho o todo un orden jurídico se muestren con capacidad de consenso, en el sentido de tener pretensión justificada para ser reconocidos? Sin duda esto también depende de la producción correctamente formal de las normas. Pero de ninguna manera tan sólo de ello. La capacidad de consenso depende, así mismo, en esencia, del *contenido de las normas*, de que éste represente, al menos en forma aproximada, el derecho correcto. Para elaborar los contenidos correctos, bien se requiere del discurso, pero no únicamente de un discurso pensado, ideal, sino ante todo del *discurso real*, así como se ha practicado efectivamente una y otra vez a lo largo de la historia. Un discurso real así no suministra "fundamentaciones últimas", como las que demanda algunos teóricos del derecho, sino siempre tan sólo resultados problemáticos, soluciones riesgosas que más tarde pueden resultar falsas. Lo determinante es asegurar dichos resultados y soluciones de manera argumentativa tal que puedan ser vistos

---

25 G. Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1965, p. 36 = GRGA, T. 3, 1990, p. 153.

como plausibles, aceptados como válidos intersubjetivamente. Verdad (corrección) no se puede escindir, al menos no en el ámbito de lo normativo, de su intersubjetividad.

La teoría del discurso, por tanto, no se puede rechazar, aun cuando tiene que ser complementada por medio de un *criterio material*. El discurso tiene que tener un "objeto". "Objeto" del discurso jurídico tan sólo puede ser el hombre, mas no el hombre en cuanto substancia, sino el hombre en su relación con los demás hombres; esto es, el hombre en tanto que *persona*, con lo cual no se debe entender persona en sentido ético o antropológico, sino ontológico-relacional. En este lugar no se dirá más acerca del principio sostenido aquí (en el capítulo XIX se volverá sobre esto). Empero, el resultado tiene que ser elaborado con anticipación: el derecho puede ser legitimado, en últimas, únicamente en cuanto garantice a cada quien aquello que le corresponde como persona: *suum cuique tribuere*. No es ninguna casualidad y seguramente tampoco una desventaja que aquí nos tropecemos con los sabios dichos inmemoriales del derecho.

Y, ¿dónde encuentra acá su lugar la conciencia? *También la conciencia posee un carácter personal* y no es, por ello, ni una instancia autónoma puramente subjetiva (individual), ni tampoco una instancia puramente objetiva (colectiva) y heterónoma. Dado que el hombre es una naturaleza empírica-inteligible e igualmente autónoma-heterónoma, se localiza, más bien, entre estos dos polos (este punto de vista demuestra su eficacia también respecto del fenómeno de la libertad; ver adelante pp. 421 y ss.). Entre derecho y conciencia tiene que existir una relación tal que el derecho no se presente ante los hombres como algo de género extraño. *Derecho válido tiene que ser análogo al hombre*[26]. Formulado de otra manera, las exigencias del derecho tienen que coincidir de tal forma con las leyes de la naturaleza humana ("naturaleza" no entendida meramente en cuanto biológica) que la voluntad moral pueda hacerlas suyas en la conciencia. En esta medida podemos estar de acuerdo, así mismo, con Kant, cuando se pronuncia sobre la voluntad libre en tanto ella, "según sus leyes generales, necesariamente

26 Sobre la posibilidad de analogía del derecho ver A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, *passim*.

tiene que poder *coincidir* con aquellos a los que al mismo tiempo ha de estar sometida"[27].

Un derecho que asegura a los hombres lo que les corresponde, en sus relaciones con los otros hombres y con las cosas, posee la *potestad* de ser reconocido en las conciencias de los individuos. Un derecho tal es *apto para el consenso* y válido *intersubjetivamente*. En términos generales, no va a requerir de ninguna aplicación coactiva.

VII. CONSECUENCIAS DE UNA TEORÍA DE VALIDEZ PERSONAL DEL DERECHO

La relevancia de la teoría de validez del derecho esbozada arriba, para muchos problemas particulares del derecho, no puede ser presentada con detalle aquí. Sólo pueden exponerse un par de temas: derecho de resistencia, desobediencia civil, delincuencia en conciencia o convicción, error de conciencia o de derecho (error de prohibición, error de mandato), negocios jurídicos que vulneran la moral, imputación de una actuación a antijuridicidad o a culpa ("valoración paralela en la esfera legal")...

Evidentemente estos ejemplos provienen casi todos del derecho penal. Alguien objetará, quizá, que la teoría de validez expuesta aquí, en razón de la avalancha de leyes de tipo técnico administrativo, político financiero, policivo (y todo lo que pueda parecérsele) está bastante alejada de la realidad. ¿En qué medida, es posible preguntar, se hace alusión a la conciencia cuando se expiden preceptos para la regulación de la protección de aguas? De acuerdo, normas de este tipo se reflejan en forma bastante borrosa en la conciencia y, en esta medida, se justifica la concepción funcionalista hoy muy sustentada. Pero precisamente acá tenemos que advertir en relación con criterios unilaterales. En la protección de aguas lo importante no es únicamente que cualesquiera reglas funcionen sino, ante todo, en qué dirección funcionan: si son útiles a la vida o no; esto, bajo todo punto de vista, tiene algo que ver con la conciencia.

---

27 Kant. *Kritik der praktischen Vernunft*, edición de la Academia, p. 237.

Para terminar, debe llamarse la atención, en la forma breve aquí esbozada, sobre la *dimensión jurídico política* de la teoría de validez expuesta antes. Precisamente, cuando se piensa en la hoy por doquier denunciada, mas no realmente combatida en ninguna parte, "juridificación" de todos los ámbitos de la vida, se muestra entonces fecundo el pensamiento respecto de la *restricción del derecho*, en lo factible, a aquellas normas que tienen una posibilidad de ser reconocidas en la conciencia de quienes están sometidos al orden jurídico. La objeción de que esto jamás podrá realizarse por completo es, por cierto, correcta, pero no hace efecto, pues se debe exigir que al menos se limite en lo posible. Solón comprendió este arte y supo que las leyes no se pueden colocar tan en alto que nadie las pueda leer. El derecho, que tiene que dirigir sus exigencias a todos, sólo puede reclamar lo que por parte de todos, también por el hombre promedio, pueda ser aceptado y cumplido de la manera más uniforme posible.

Esta naturaleza "fragmentaria" o "subsidiaria" del derecho tiene un muy especial significado para el derecho penal. De Georg Jellinek proviene la célebre frase del derecho como "*minimum* ético"[28]. Justamente, no es posible entender esto cual si derecho y moral se comportaran como formando dos círculos concéntricos, de los cuales el derecho fuese el más pequeño. El sentido correcto es, más bien, que el derecho penal se tiene que restringir, en la medida de lo factible, al ámbito de la moralidad sencilla, elemental, la que expresa una generalidad humana: no debes matar, no debes herir, ni robar, ni engañar, ni ejercer violencia... Sólo tales normas tienen verdadera aptitud de ser aceptadas en la conciencia de alguien. Por el contrario, exigencias de un *ethos* sublime, *v. gr.*, la exigencia de que niños deban venir al mundo, aun siendo el resultado de un embarazo forzado, no son susceptibles de generalización tal que hiciese que *cada* mujer, orientada en el derecho, tuviese que estar de acuerdo. Esto tan sólo lo puede decidir en particular la mujer, de acuerdo con su propia responsabilidad. Y si ésta se decide a favor de la interrupción del embarazo, el *derecho* no se lo puede objetar.

---

28 G. Jellinek. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2ª ed., 1908, p. 45.

Se ve también en este lugar que el fenómeno de la conciencia no conduce a más y más leyes y, especialmente, no significa un aumento ni un agravamiento del derecho penal. Muy por el contrario, se manifiesta contra la tendencia de pretender normarlo y castigarlo todo y significa tolerancia frente a los hombres con conciencias discrepantes.

VIII. EL DERECHO A LA RESISTENCIA

El problema del derecho a la resistencia está estrechamente relacionado con el problema de la validez del derecho. Frente al derecho válido no es posible realizar resistencia. El positivismo considera todo derecho positivo producido de manera correcta, sin consideración a su contenido, como derecho válido y respectivamente como legal también a toda autoridad que se apoya en tal derecho. Según esto no puede existir *derecho* a la resistencia; puede sólo estar justificado *moralmente* (¡quienes llevaron a cabo la resistencia durante el Tercer Reich la ejercieron en forma altamente moral pero de manera antijurídica!).

Arriba (pp. 351 y ss.) se intentó mostrar que "derecho" positivo también puede constituir "injusticia legal", "no derecho". En contra de esto es concebible un derecho a la resistencia. Pero cumple, claro está, un papel, si las normas individualmente consideradas dentro del Estado de derecho no son válidas o si el Estado como tal no es un Estado de derecho. Ambas cuestiones deben separarse. En el caso mencionado en segundo lugar se trata de una resistencia contra una autoridad ilegítima, mientras que en el primer caso, de una resistencia dentro del Estado de derecho (esto se llama hoy, por lo general, "desobediencia civil"; algunas veces se habla, así mismo, de "resistencia fuerte" y de "resistencia débil"[29]).

Con eso se advierte que el derecho a la resistencia, en sentido amplio, no se dirige sólo contra la autoridad, o bien, contra las leyes, sino igualmente contra individuos o grupos, cuando éstos amenazan la Constitución; el derecho a la resistencia sirve, entonces, al apoyo de la fuerza estatal, por ejemplo, cuando ésta es muy débil para mantener el orden; a esto se le

29 Comparar en detalle A. Kaufmann. *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit*, 1991, *passim* (allí se encontrará más literatura al respecto).

llama también *ayuda a la Constitución* (en lo que sigue, sin embargo, no se considerará más dicha forma del derecho a la resistencia).

1. *El derecho a la resistencia en un Estado que no es de derecho*

La resistencia en las tiranías puede llevarse a cabo en forma pasiva o de manera activa, pero sin violencia, o violenta hasta la muerte del tirano. El que exista para ello un motivo de justificación tiene que derivarse de criterios jurídicos, y no únicamente a partir de criterios de moralidad. En la Ley Fundamental se encuentra "positivado" el derecho a la resistencia (artículo 20 párrafo 4 GG.), y también en algunas constituciones de los Estados federados. Entretanto, esto puede ser visto tan sólo como una ley simbólica, que subraya la voluntad de derecho del Estado, pues un sistema jurídico no puede institucionalizar su propio sistema externo de control de manera interna al sistema.

En la larga historia del derecho a la resistencia (Aristóteles, Tomás de Aquino, Lutero, Melanchton... hasta hoy) se han cristalizado determinados criterios con cuya presencia aparece justificada la resistencia contra un Estado que no es de derecho (en detalle, sin embargo, son muy discutidos).

a) El derecho a la resistencia se debe manifestar en tanto derecho a la *legítima defensa social*, esto es, frente a una *autoridad criminal* que ejerce su poder de tal forma que con esto se produce una amenaza o un peligro físico o psíquico al pueblo.

b) La resistencia, sobre todo la resistencia activa y, aún más, la resistencia violenta, supone un *grosero abuso del poder del Estado*, la autoridad estatal tiene que aparecer claramente como agresora contra el bienestar de la comunidad y contra los derechos humanos esenciales, el carácter de vulneración del derecho propio de su acción tiene que estar escrito, por así decirlo, en la frente ("teoría de la banda en la frente").

c) La resistencia sólo es considerada en forma *subsidiaria*, esto es, cuando se hayan agotado todos los instrumentos legales y pacíficos. La resistencia tan sólo puede ser la *ultima ratio* en un estado de necesidad, que no es posible conjurar de otra forma. Una concepción más generosa conduciría a la amenaza de la seguridad pública, en determinadas circunstancias, incluso a la anarquía y al caos.

d) El principio de *proporcionalidad* tiene que ser garantizado. Los medios aplicados –desobediencia, violencia, la muerte del tirano en caso extremo– tienen que encontrarse en una relación de proporcionalidad con el fin perseguido. De esto resulta, ante todo, que el derecho a la resistencia no es permitido cuando se tiene que temer que, a la larga, la infelicidad nacional aumente en lugar de disminuir; el remedio no puede ser peor que la enfermedad. Siempre se tiene que pensar que la resistencia, conforme al derecho, aspira a la reconstrucción del orden destruido y no, como en la revolución, a su derrocamiento.

e) En relación con lo anterior se encuentra la suposición adicional de que tiene que existir esperanza sobre el *logro* de la resistencia. Efectivamente, no es posible hacer depender la conformidad al derecho de la resistencia de su éxito; con lo cual se tiene que reflexionar, también, en que, *de facto*, una resistencia fracasada puede tener un alto valor moral (¡julio 20 de 1944!). Pero si la resistencia aparece, de antemano, como totalmente inútil y, por tanto, carente de sentido, entonces no procede.

f) Quien ejerce resistencia tiene que poseer la *comprensión* necesaria para poder juzgar la situación correctamente y debe actuar con la certeza interior de servir a la comunidad y no, por ejemplo, sólo a sí mismo. La exigencia respecto del juicio claro y seguro conduce a que el círculo de los autorizados a la resistencia permanezca restringido, según el principio *in dubio pro superiore*, por regla general, a personalidades de algún rango e importancia; en tiempos pasados se hablaba de "autoridad de segundo rango".

g) La resistencia se puede ejercer únicamente *en razón del derecho*, no para la satisfacción de intereses y necesidades personales, ni siquiera para el acceso al poder (resistencia no significa revolución).

h) Que la resistencia deba ser ejercida de manera *pasiva* o en forma *activa* (lo que no es lo mismo que violenta), *sin violencia* o *violenta*, depende de la idoneidad de los medios y, a su vez, de la intensidad del ataque. Lo dicho también se relaciona con el momento en que se ha de realizar el ataque, pues no puede ocurrir completamente a destiempo.

Si se presentan los supuestos anteriores, la resistencia es sancionada conforme al derecho y no sólo de acuerdo con la moral. La muy denunciada "tragedia" de la resistencia no reside tanto en que, muchas veces, las

características del derecho a la resistencia no sean reconocibles unívocamente (esto desempeña, en efecto, un papel, pero en muchos asuntos del derecho no sucede algo diferente); sino, más bien, en especial, en que el hado de quien lucha a favor de la resistencia con mucha frecuencia aparece, según elementos externos, como el de un gran traidor de la patria o el de quien no es escuchado en sus motivos de justificación, o sea en la razón de su lucha por un Estado de derecho, la mayoría de las veces todavía muy lejano en el momento de la resistencia y que apenas habrá de ser restaurado en el futuro. También se tiene que pensar que el modelo: aquí Estado de derecho, allá Estado que no es de derecho, es falso; constituye, al menos, una simplificación inadmisible. Las fronteras entre el Estado de derecho y el Estado que no es de derecho son vagas. No existe ningún Estado y, por consiguiente, ningún Estado de derecho, exento del peligro de degenerar en un Estado que no es de derecho[30] y en el cual no pueda provenir de la autoridad una injusticia realizada culpablemente. En consecuencia, resta saber si también en el Estado de derecho pueden tener lugar acciones permitidas de resistencia, actos de "resistencia débil", dirigidos a evitar que luego, un día, cuando quizá ya sea demasiado tarde, la resistencia fuerte se torne necesaria.

2. *El derecho a la resistencia en el Estado de derecho, especialmente la desobediencia civil*

Algo muy vivamente controvertido es saber si, y, en dado caso, en qué proporciones, es posible ejercer resistencia en un Estado de derecho. En tiempos recientes se discute, ante todo, sobre la así llamada "desobediencia civil". La denominación proviene de Mahatma Gandhi. En relación con la profundización científica de esta cuestión los esfuerzos realizados por John Rawls son bien conocidos.

La discusión gira, especialmente, en torno a si la *desobediencia civil* es algo antijurídico o ilegal, y acerca de si quien se opone debe aceptar las consecuencias legales de su acción, en particular, una pena. Sobre esto ya

---

30 Todavía digno de ser leído F. v. Hippel. *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955.

había dicho Mahatma Gandhi que la desobediencia civil tiene que realizarse sin violencia y que el castigo previsto para ella tiene que ser aceptado[31].

Esto no lo concibe John Rawls de una manera muy distinta; él lo analiza, sin embargo, en forma más precisa. Los pasajes más importantes de su apología de la desobediencia civil serán transcritos literalmente a continuación[32]:

> En este momento quisiera ilustrar el contenido del principio del deber natural y de la obligatoriedad con ayuda de una teoría, apenas esbozada, sobre la desobediencia civil. Como lo mencioné, dicha teoría vale tan sólo para el caso especial de una sociedad casi justa, que se encuentra, por tanto, bien ordenada y en la que aparecen, no obstante, algunas muy serias vulneraciones de la justicia. Una situación casi normal supone, en mi opinión, una forma democrática de gobierno; con lo cual la teoría se refiere al papel y a la adecuación de la desobediencia civil frente a un poder democrático conforme a derecho [...] El problema de la desobediencia civil, así lo entiendo, se origina en un Estado democrático, más o menos justo, a favor de los ciudadanos que reconocen la Constitución. El problema consiste en un conflicto de deberes. ¿En qué punto deja de ser vinculante el deber de someterse a las leyes decididas por la legislación mayoritaria (o a las acciones del Poder Ejecutivo apoyadas en ella), por motivo del derecho a la defensa de las propias libertades y del deber de resistencia contra las injusticias? Esta cuestión remueve el sentido y las fronteras de la regla de la mayoría. El problema de la desobediencia civil significa, por consiguiente, la piedra de toque para cada teoría sobre los fundamentos morales de la democracia [...] Comienzo por la definición de la desobediencia civil en cuanto acción pública, pacífica, determinante de la conciencia, mas políticamente ilegal, que ha de dirigirse habitualmente a la transformación de las leyes o de la política del Gobierno. Por cuenta de dichas acciones se acude al sentido de justicia de la mayoría de la sociedad y se declara que, de acuerdo con el propio criterio bien pensado, los principios fundamentales de la vida social entre hombres libres e iguales no han sido respetados. Nosotros insistimos, en primer lugar, que esta definición no exige que se tenga que quebrantar la misma ley, contra la cual ha de protestarse [...] La desobediencia civil ha de ser, en todo caso, algo ilegal al menos en el

31 Mahatma Gandhi. *Worte des Friedens*, editado por María Otto, 7ª ed., 1984, pp. 45, 65 y s.
32 J. Rawls. *Theorie der Gerechtigkeit* (del inglés), 1975, pp. 399 y ss.

> sentido en que no solamente se sienta un precedente para examinar la conformidad con la Constitución; la resistencia debe mantenerse, aun a pesar de que aquello contra lo cual se dirige sea declarado constitucional [...] La desobediencia civil es pacífica, así mismo, por otra razón. Exterioriza rebeldía frente a la ley dentro de las fronteras de la lealtad a la ley, pese a que se mueve en sus márgenes. La ley es quebrantada, pero la lealtad a la ley se manifiesta en el carácter público y pacífico de la acción, en la disposición a aceptar las consecuencias legales de la manera de actuar.

La desobediencia civil es, por tanto, algo que vulnera o bien el derecho o bien la ley. Si fuese algo conforme al derecho sería absurdo exigir que quien lo practica tenga que asumir las consecuencias legales de su acción. ¿Cómo, entonces, "es permitido" que él actúe así? Jurídicamente no está permitido. Lo único que resta, por cierto, es la conocida solución embarazosa de admitir una legitimación moral. De esta suerte se recae de nuevo en la antigua "tragedia" de la resistencia.

Ralf Dreier intenta salir de este laberinto. Piensa que la desobediencia civil está, pues, justificada desde la perspectiva de "los derechos fundamentales", cuando se dirige contra un derecho seriamente incorrecto y cuando se ejerce en forma pacífica y proporcionada[33]. Esto lo podemos compartir en tanto que con "derecho seriamente incorrecto" se piense en "derecho legalmente incorrecto" en el sentido arriba expuesto, pues tal "derecho" no es válido. Pero se tiene que diferenciar cuidadosamente. Si la ley que es rechazada por quien se niega a obedecer es válida –y lo es, también, aunque en el caso particular (y de igual forma en una multiplicidad de casos) conduzca a resultados injustos–, entonces éste actúa en forma antijurídica y eventualmente punible. Si la ley vulnera en forma general la justicia, esto es, no desea en absoluto su realización, entonces quien se resiste en su contra lo hace con derecho (que esto le sea reconocido es naturalmente algo diferente).

En el caso regla (en el caso pensado en cuanto regla) la desobediencia civil es antijurídica, también, en el evento en que sea ejercida pacíficamente:

---

33 R. Dreier. "Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat", en P. Glotz (Ed.). *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, pp. 54 y ss.

¿quiere esto decir, pues, que en el Estado de derecho siempre se tiene que obedecer? Absolutamente no. También en el Estado de derecho existen actos *permitidos* de rebelión frente al derecho incorrecto. Llamo a esto el *derecho de resistencia de las pequeñas acciones*[34]. Sin embargo, es posible que el vocablo "resistencia" parezca demasiado fuerte en relación con lo que aquí tenemos en mente. Las posibilidades de tales actos de rechazo frente al derecho incorrecto son numerosas. A renglón seguido se mencionarán un par de ejemplos. Quien los desprecia puede reflexionar, por una vez, si el régimen nacionalsocialista de perversión jurídica se hubiese podido establecer en forma tan arraigada si la mayor parte del pueblo hubiese reaccionado oportunamente con el necesario coraje civil. Los señalo sin más comentario.

Desconfianza frente a los poderosos; valentía para la crítica abierta; desenmascaramiento de situaciones inconvenientes; rechazo del derecho incorrecto, también y precisamente cuando proviene "de arriba" o cuando representa la "opinión dominante"; no participación en acciones reconocidas como funestas, si bien con ellas sea posible perder adeptos; aún más, la protesta, el desagravio secreto, la *epikie*[35] y, ante todo, la obediencia que se soporta, que en su estructura interna no es obediencia en absoluto, pues en este someterse se halla oculto el rechazo a la orden (cuando Rawls habla "de desobediencia dentro de las fronteras de la lealtad a la ley" podría entenderse mejor, y menos contradictoriamente, como "obediencia que se

---

34 A. Kaufmann. "Das Widerstandsrecht der kleinen Münze", en *Objektivierung des Rechtsdenkens*; Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo, 1984, pp. 85 y ss.

35 Por *epikie* (un término de la ética) se entiende una forma de interpretación en la cual la norma tan sólo se mantiene formalmente, con el fin de aplicar la justicia material. Un buen ejemplo es el "invento" de la doctrina de la participación, extremadamente subjetiva, mediante la cual el antiguo Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) impidió una sentencia de muerte que de otra forma no hubiese sido posible impedir en el Tercer Reich (*RGSt* 74, p. 85; ver también más adelante pp. 529, 575). Recientemente, J. Fuchs. "Epikie; der praktizierte Vorbehalt", en *Stimmen der Zeit*, 214 (1996), pp. 249 y ss. Una lectura valiosa: W. Paul. "De Indis atque Ianomamis. Über Eroberung und indianischen Widerstand im kolumbianischen Zeitalter", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 249 y ss. Acá es posible recordar la novela de Reinhold Schneider *Las Casas vor Karl V*.

soportá"). En el Estado de derecho hay suficientes instrumentos jurídicos para enfrentar la existencia o la amenaza del derecho incorrecto. No es en último lugar una cuestión de coraje civil.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

Derecho y moral. Reglas sociales, convencionalismo, usos, costumbre. El principio de subsidiariedad

Baumgarten, A. *Moral*, *Recht und Gerechtigkeit*, 1917, Blühdorn, J./J. Ritter (Eds.). *Recht und Ethik; Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1970; Brandt, E. *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht* (contribuciones científicas de escuelas superiores europeas. Ciencias Jurídicas, serie 02, Vol. 4), 1988; Bubner, R./K. Cramer/R. Wiehl (Eds.). "Recht und Moral", en *Neue Hefte für Philosophie 17* (1979); Döring, E. "Recht und Moral Freiheit und Verantwortung", en *RTh27* (1996), 157 ss.; Dreier, R. *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pp. 180 ss.: "Recht und Moral"; Enderlein, W. "Abwägung", en *Recht und Moral*, 1991; Engisch, K. "Recht und Sittlichkeit", en *Schopenhauer-Jahrb.* 51 (1970), pp. 107 ss.; Geddert, H. *Recht und Moral*, 1984; Geiger, Th. *Über Recht und Moral*, 1979; Gründel, J. (Ed.). *Recht und Sittlichkeit*, 1982; del mismo, "Umgang mit Schuld: Theologische-ethische Perspektiven", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 423 ss.; Günther, K. *Der Sinn für Angemessenheit; Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, 1988; Habermas, J. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, pp. 135 ss., 541 ss.; Hart, H. L. A. *Recht und Moral* (del inglés), 1971; v. Hippel, F. *Recht*, *Sittlichkeit und Religion im Aufbau von Sozialordnungen*, 1958; Hoerster, N. (Ed.). *Recht und Moral; Texte zur Recthsphilosophie*, o. J.; Höffe, O. *Recht und Moral; Ein kantischer Problemaufriss*, 1979; Holzhey, H./J. P. Leyfraz (Eds.). *Die Herausforderung des Rechts durch die Moral*, 1985; Honig, R. M. "Bemerkungen zum Sittengesetz in der Stafrechtsjudikatur des Bundesgerichtshofs", en *Festschrift für Eduard Dreher*, 1977, pp. 39 ss.; Jakobs, G. "Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen; Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit", en Haft, F. y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 495 ss.; v. Jhering, R. *Recht und Sitte*, 1920; Jorgensen, S. *Ethik und Gerechtigkeit* (del danés), 1980; Jung, H./H. Müller-Dietz/U. Neumann (Eds.). *Recht und Moral*, 1991; Kaufmann, A. *Recht und Sittlichkeit*, 1964; del mismo, "Recht und Ethik", en *Handwörterbuch religiöser Gegenwartsfragen*, 1986, pp. 381 ss.; del mismo, "Strafrechtspraxis und sittliche Normen", en *JuS* 1978, pp. 361 ss.; del mismo, "Zum Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Recht und Moral", en *Kritik und Vertrauen*; Peter Schneider zu ehren, 1990, pp. 158 y ss.; del mismo, "Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht", en *Festschrift für Heinrich Henkel*, 1974, pp. 89 ss.; Kaulbach, F. "Recht und Moral in der Rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart", en *RTh* 10 (1979), pp. 409 ss.; v. Kirchmann, J. H. *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 2ª ed., 1873 (reimpr. 1970); Kriele, M. "Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral", en *ÖZöffR* 16 (1966), pp. 413 ss.; del mismo, *Recht und Moral und die Problematik der Reinen Rechtslehre*, en *ÖZöffR* 17 (1967), pp. 382 ss.; Laun, R. *Recht und Sittlichkeit*, 3ª ed., 1935; Llompart, J. "Kritische Bemerkungen zum Funktionsbegriff, dargestellt am Problem 'Moral und Recht'", en *Sophia Law Review* 17 (1973), Nº 1; del mismo, "Recht und Sittlichkeit; Die juristische Positivierung der Sittlichkeit im Westen und die juristische Funktion der Sittlichkeit im Osten", en Haft, F. y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 681 ss.; Lomasky, L. E. *Persons*, *Rights and the Moral*, 1990; López Calera, N. M. (Ed.). "Derecho y Moral", en *Annales de la Catedra Francisco Suarez*, Nº 28, 1988; May, R. "Über Moral und Gesetz im abendländischen und ostasiatischen Denken", en *ARSP* 83 (1997), pp. 316 ss.; Nef, H. *Recht und Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant*, 1937; Nörr, K. N./Th. Oppermann (Eds.). *Das Subsidiaritätsprinzip in der interdisziplinären Diskussion*, 1997; Orsi, G./K. Seelmann/S. Smid/U. Steinvorth (Eds.).

"Recht und Moral", en *Rechtsphilosophische*, Hefte 1, 1993; Papageorgiou, K. *Schaden und Strafe; Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, 1994; Peczenik, A. *Dimensiones Morales del Derecho*, 1990; v. d. Pfordten, D. *Deskription*, *Evaluation*, *Präskription; Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlage von Ethik und Recht*, 1993; Pohlmann, R. "Recht und Moral kompe-tenztheoretisch betrachtet", en *ARSP*-Beiheft N. F. 13 (1980), 225 ss.; Schmitt, C. *Legalität und Legitimität*, 5ª ed., 1993; Schmitt, T. A. *Das Subsidiaritätsprinzip*, 1979, Schultz, H. "Bemerkungen zu den Beziehungen zwischen Recht und Ethik", en *Studia philosophica* 26 (1966), pp. 27 ss.; Solowjew, W. *Recht und Sittlichkeit*, 1971; Tammelo, I./A. Aarnio (Eds.). "Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik", en *RTh*-Beiheft 3 (1981); Weigelin, E. *Sitte*, *Recht und Moral*, 1919; Weinberger, O. "Wahrheit, Recht und Moral", en *RTh* 1 (1970), pp. 129 ss.; Weischedel, W. *Recht und Ethik*, 1956; Welzel, H. "Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung", en *SJZ* 1947, pp. 409 ss.; Wieacker, F. "Rechtsprechung und Sittengesetz", en *JZ* 1961, pp. 337 ss.; Wildt, A. "Zum Verhältnis von Recht und Moral bei Kant", en *ARSP* 83 (1997), pp. 159 ss.; Winter, E. *Ethik und Rechtswissenschaft*, 1980; Zuck, R. *Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz*, 1968.

II. DELIMITACIONES

"Derecho" y "ley" no son, ya lo expusimos en el capítulo IX, idénticos. En las reflexiones que se harán a continuación esta distinción puede, sin embargo, dejarse de lado. El término "moral" se utiliza en el lenguaje corriente sin especificidad. La delimitación con respecto a la "ética" no es rigurosa; ambas palabras se usan, con frecuencia, como sinónimas. Respectivamente, "ética" y "filosofía moral" se colocan en un mismo plano. El término "ética", por su parte, se confunde con *ethos* y "moralidad". De otro lado, se entiende a menudo por "moral" algo similar o idéntico a "costumbre". La "costumbre", por su parte, se coloca cerca a reglas de comportamiento, que se asemejan a las que representan el "uso", la "convención" y el "hábito".

A todo esto se añade, también, un uso más extensivo del vocablo "moral", así como se expresa en las locuciones: "Moral del fútbol", "moral de la tropa", "moral tributaria", "moral de tránsito", "moral de la lucha laboral" y otras más. En la sociología americana, desde W. G. Summer[1] se habla a este respecto de *morale*, lo que significa algo así como el comportamiento de un individuo o de un grupo, cuando entre la motivación de la conducta de los miembros individuales y los fines del grupo existe coincidencia. El término americano *mores*, por el contrario, se refiere a las formas

---

1 W. G. Summer. *Folkways; A Study of the Sociological Importance of Usages*, *Manners*, *Customs*, *Mores and Morals*, 1907 (reimpr. 1960).

de proceder que les son comunes a un pueblo o a una tribu y cuyo desconocimiento trae consigo sanciones. A continuación ha de hablarse de "moral" en este segundo sentido.

Para delimitar este tema puede dejarse de lado, en primer lugar, la "ética" en tanto explicación y fundamentación filosófica de la moralidad; nosotros nos ocuparemos del objeto de la ética (el cual, empero, no es un "objeto" substancial). Por lo demás, para nuestros propósitos utilizamos la denominación "moralidad", *ethos* y "moral" como equivalentes, lo que no significa que su distinción, bajo otras consideraciones, no sea oportuna.

Lo que la "moral" es no es posible afirmarlo en una definición, sino tan sólo delimitarlo de modo más o menos nítido, por medio de una comparación y una diferenciación con reglas de comportamiento cercanas como derecho, costumbre, uso, hábito, convención.

III. LA POLARIDAD DEL DERECHO Y LA MORAL

1. *La tesis de la separación y de la identidad*

La doctrina sobre la completa separación del derecho y de la moral está ligada, ante todo, a los nombres de Kant, Thomasius y Fichte. En tiempos recientes se cimenta, de manera claramente pronunciada, en la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, cuyo autor la ha denominado, no sin razón, "la teoría del positivismo jurídico"[2]. Por el contrario, en la mayoría de doctrinas del derecho natural, pero no por casualidad también en las dictaduras modernas, se afirma la identidad de derecho y moral. Ninguna de las dos concepciones, sin embargo, hace justicia a la existente *estructura de relaciones* entre moral y derecho, ni a su polaridad en el sentido de un contraste únicamente relativo, que no excluye una estrecha conexión material, sino que la abarca, en una divergencia dentro de la afinidad esencial. Moral y derecho son distintos, sin duda, en algunos aspectos, pero no se encuentran divorciados entre sí.

---

2 H. Kelsen. "Was ist die Reine Rechtslehre?", en *Festschrift für Z. Giacometti*, 1953, p. 153. Sobre las doctrinas puras del derecho ver arriba pp. 50 y ss.

2. *El sujeto final del derecho y la moral*

En principio, se ha buscado distinguir derecho y moral por medio de la diferenciación de su sujeto final: el derecho tiene por objeto las relaciones entre los hombres; la moral, por el contrario, el hombre en cuanto naturaleza individual. La valoración jurídica caracteriza una acción como buena para la vida en comunidad; la valoración moral, en tanto buena por antonomasia. La escolástica lo expresó en el sentido de que la moral es *ab agenti*, mientras que el derecho, por el contrario, es *ad alterum*.

Frente a esto se puede observar que a tal distinción le subyace una concepción demasiado individualista de la moral, que los deberes sociales, con respecto al prójimo, no son menos morales que los deberes para consigo mismo, mientras que, por otra parte, de vez en cuando, el derecho también vincula sin que de ello se derive una pretensión. Con todo, este no es el asunto principal. Se trata, más bien, de si únicamente la moral se apoya en la capacidad personal del hombre, en tanto que el ámbito social en el que tiene asiento el derecho es, esencialmente, de naturaleza impersonal. En otras palabras: ¿acaso, como lo piensa Heidegger, es que el derecho no tiene que ver con la peculiaridad del ser mismo, sino que muestra el modo deficiente de la impropiedad, de tal forma que el mundo del derecho sea el mundo del extravío en la existencia cotidiana de la caída en "uno"?[3]. ¿Qué es, entonces, *persona*? (aquí ha de tenerse en cuenta que se trata de la *persona en sentido moral*, no de la persona en el sentido ontológico-relacional).

En la filosofía de la existencia de Heidegger, tanto más en Sartre, la persona es puro ser en sí mismo, pura capacidad de ser, y la autodeterminación y la autodisposición de la persona sucede en total autonomía: nada le es dado con anticipación, "el hombre se hace a sí mismo", consigo mismo conforma "su moral"[4]. Bajo un modelo semejante, ni la esfera de los seres humanos entre sí, ni tampoco el derecho, tienen participación en el "sentido propio" del ser personal.

No obstante, el hombre como criatura natural tan sólo puede ser llamado "persona" en un sentido derivado, análogo. *Ergo*, la libertad

---

3 Sobre esto en forma detallada W. Maihofer. *Recht und Sein*, 1954, *passim*.

4 J. P. Sartre. *Ist der Existentialismus ein Humanismus?* (del francés), 1960.

completa no existe jamás para él, la autodisposición total, la perfecta integración. El nunca puede "alcanzar" su propia naturaleza en forma íntegra o de manera adecuada. En esta diferencia irreductible que asedia al hombre, y la cual aspira a superar, reside el motivo de su historicidad. El hombre tiene que realizarse en la historia, en una consciente confrontación con la situación histórica, única e irrepetible, de su naturaleza y se realiza por medio de su acción, así como a través de la creación de sus obras. Mas el individuo no es capaz de realizar dichas obras nunca sólo y exclusivamente apoyado en sí mismo, sino, justamente, en y con la comunidad. Por eso, precisamente porque la capacidad humana de la persona no es un mero ser en sí mismo, no es tan sólo individualidad impregnada del yo, ésta es siempre, a un mismo tiempo, "individualidad social"[5].

Esto es lo que se intenta indicar cuando se dice que el hombre es *ad alterum*. El ser en cuanto padre o en tanto hijo, en calidad de comprador o de vendedor, a modo de médico o bien de paciente, como propietario o como ladrón, no es un ser "muy diferente", que pase al lado de nuestra "peculiar existencia"; constituye, más bien, parte esencial de nuestra propia existencia. La naturaleza personal de los hombres es, por consiguiente, la que les señala a su prójimo; su sociabilidad no es algo que se coloca delante de la persona, como un segundo existencial, sino que se cimenta en su personalidad histórica, en su capacidad de perfeccionamiento espiritual, en su necesidad de superación.

Con la idea de solidaridad se funde, al mismo tiempo, también, el derecho en la naturaleza personal del hombre. La autorrealización del hombre en el ser, conjuntamente con los otros, es posible únicamente cuando en su existencia histórica se le garantiza lo que le corresponde, cuando se le asegura lo suyo. Este *suum iustum*, eso que le corresponde al hombre en tanto persona, se denomina "derecho subjetivo". Y de la manera que el derecho objetivo garantiza y protege los derechos subjetivos del hombre, en primer lugar los derechos humanos y fundamentales, así sirve a la autorrealización de la personalidad moral. El derecho no puede, en efecto,

---

5 Ver M. Scheler. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4ª ed., 1954, pp. 563 y ss.

obtener por medio de la fuerza el cumplimiento del deber moral, tan sólo puede posibilitarlo. Si es la posibilidad de lo moral, también puede serlo de lo inmoral.

El derecho se dirige, entonces, a un fin moral. Por tal razón, no puede representar, en absoluto, un obstáculo a la libertad existencial; muy por el contrario, representa, hablando al unísono con Kant, "el impedimento de un obstáculo a la libertad y en consecuencia, la condición de posibilidad de la misma libertad"[6]. El derecho puede y tiene que generar –especialmente por medio de la garantía de los derechos humanos– aquella medida de libertad exterior sin la cual la libertad interna, el cumplimiento del deber, no puede desarrollarse. Sin duda, el derecho se restringe, así, a la garantía de las exigencias morales elementales; no puede y no debe dirigir su mirada a las muy empinadas y exigentes cumbres del *ethos*; de hecho se lo puede caracterizar, justamente, como el "*minimum* ético"[7]. Bajo tal restricción, entretanto, se muestra el derecho también como un maestro inalcanzable. Al disponer propiamente de instrumentos de imposición –por lo menos esa es la regla– puede quebrar la resistencia, con lo cual la mayoría de las veces bastará la amenaza de la fuerza para motivar la conducta conforme a derecho. Si se reflexiona sobre esta enorme superioridad de los medios a disposición del derecho, se muestra, en consecuencia, como un "máximo ético"[8], esto es, en fuerza, en eficacia, en resultados.

3. *Una vez más: autonomía y heteronomía*

Sobre autonomía y heteronomía se habló en el capítulo XIII, III. Allí se expuso que tanto la idea unilateral de autonomía como la idea unilateral de heteronomía destruyen la legalidad normativa. Esto no ha de ser repetido de nuevo en detalle. En relación con las consideraciones sometidas ahora a reflexión es necesario mencionar que para la distinción entre moral y derecho se afirma: aquella se fundamenta en la autonomía, y éste, por el contrario,

---

6 Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 231.
7 G. Jellinek. *Die sozialethische Bedeutung von Recht*, *Unrecht und Strafe*, 2ª ed., 1908, p. 45.
8 G. Schmoller. *Grundriss der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, Primera Parte, 1920, p. 57.

sólo en la heteronomía. Esto, sin embargo, no es así. Puesto que el hombre es, desde luego, persona, pero no es persona en sentido absoluto, no es posible fundar la moral sobre la pura autonomía, ni al derecho sobre la mera heteronomía.

La fundamentación heterónoma del derecho se hace tradicionalmente ya sea por medio de la "teoría del poder" o de la "teoría del reconocimiento". Pero a partir de un simple hecho, imperio o consenso, no surge jamás un deber. La afirmada "fuerza normativa de los hechos" no existe; una orden o una voluntad extraña pueden originar, cuando están acompañadas del poder de obligar, un tener que ser, pero jamás un deber ser, esto es, una auténtica validez normativa. Una "validez fáctica" es una *contradictio in adiecto*. La teoría del poder y la del reconocimiento, como tales, quieren hacer pasar por validez lo que tan sólo es la expectativa o posibilidad de que una norma sea observada. Sin lugar a dudas, en el *caso normal* (en el Estado de derecho), es posible contentarse con esto: fundamentar la "validez" del derecho en una expectativa y, como tal, en la heteronomía. Sería irreal, por tanto, que respecto del problema en mención se pretendiese negar toda significación a la voluntad de validez de la comunidad jurídica, representada por medio del legislador parlamentario. Pero en cuanto razón última (ante todo en un Estado que no es de derecho) la validez del derecho (su legitimidad material) no puede residir en la voluntad del legislador o bien en el consenso de la sociedad pues, de lo contrario, tan pronto como la voluntad legislativa haya exteriorizado el *ita ius esto* lo injusto por antonomasia tendría que ser aceptado como derecho vinculante. Desde que el positivismo perdió su inocencia, el *imperium* y el consenso no pueden ser citados en *forma exclusiva* en tanto fundamentos de la validez del derecho.

Está condenado al fracaso también el intento de Kelsen de fundamentar el derecho en un "puro deber ser jurídico", independientemente de todo deber ser moral. La "norma fundamental", es decir, eso en lo que él pretende anclar tal deber ser, ha de concebirse, según su propia afirmación, "como norma de derecho natural"[9] y es, por consiguiente, una categoría moral.

---

9 Hans Kelsen. *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und des Rechtspositivismus*, 1928, p. 20. En detalle, arriba pp. 50 y ss.

Después de todo, la validez del derecho no puede reducirse, en últimas, ni a un mero facto ni, tampoco, a un puro deber ser jurídico. En otras palabras, un deber ser extremadamente heterónomo no existe. La idea de heteronomía pensada hasta sus últimas consecuencias conduce hacia la disolución de la legalidad normativa y, en consecuencia, a la disolución del derecho. Esto se explicó detalladamente arriba en las páginas 362 y ss.

Así como también se mostró allí, Kant no cimenta la ley moral, de manera unilateral, en el *homo phainomenon*, sino, preponderantemente, en el *homo noumenon*, en la participación de la persona en el orden moral de la humanidad. Tan sólo a partir de este pensamiento de la participación y del compartir responsabilidad dentro del orden de la moralidad es posible entender lo que quiere significar Kant cuando al referirse a la libre voluntad dice que "de acuerdo con sus leyes generales ésta, necesariamente, debe tener que poder coincidir, a un mismo tiempo, con aquello a lo que deberá someterse"[10].

Con esto no se pretende afirmar que moral y derecho sean una y la misma cosa. Esto, entre otras, no es así porque el derecho tiene que ver con un único valor moral y, por cierto, con el más elemental: la justicia, de tal forma que siempre es posible un conflicto con otros valores de la moralidad, por ejemplo, con el mandamiento del amor. Acto seguido, ha de pensarse que el derecho ni siquiera puede garantizar la perfecta realización de la justicia, pues a nosotros no nos es dada la justicia total y, por ese motivo, no la podemos retener en normas de derecho. En razón de la seguridad jurídica y de la paz jurídica, una norma de derecho tiene que preservar su validez, pese a que en el caso particular conduzca a un resultado no equitativo, mientras no contradiga a la justicia de manera general y absoluta. Luego, no es posible omitir lo siguiente: si bien el orden jurídico, en últimas, se muestra en tanto orden moral, de esto no se infiere en absoluto que todo orden moral tuviese o por lo menos debiese ser concebido jurídicamente. El derecho que ha de dirigir sus exigencias a todos, incluso a quienes no están en capacidad de ejecuciones morales demasiado exigentes, puede establecer, únicamente, exigencias promedio frente a hombres promedio; esto

10 Kant. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 431.

significa que el derecho puede concernir a tales relaciones en las que de todos los hombres, con la mayor aproximación, se pueda exigir lo mismo. A esto se añade que las normas jurídicas, en especial las normas penales, han de tener injerencia tan sólo allí donde se trata de la salvaguardia o del restablecimiento del orden social, o sea, allí donde los *bienes jurídicos* son tocados, mientras que los quebrantamientos del orden que resultan de los pecados del hombre individual tienen que permanecer fuera de la esfera jurídica. El derecho, ya lo dijimos, no tiene que ver con el complejo total de los valores morales, únicamente con uno: la justicia, que no representa el más alto fundamento valorativo sino, mejor, el más básico, y por consiguiente también el más elemental y más significativo para la vida en comunidad. Lo que de todas maneras se puede y se tiene que exigir en razón del derecho a todos sólo pueden ser ciertas acciones morales sencillas, dirigidas a la preservación de las condiciones necesarias para la vida de los hombres en comunidad.

Esta restricción del derecho a la esfera de la *moralidad sencilla*, *elemental*, ha de constituir precisamente en un tiempo como el nuestro, en el que la inseguridad en el ámbito ético se hace perceptible, directriz de la legislación e igualmente de la jurisprudencia. Bollnow[11] señala con oportunidad que en relación con el *ethos* supremo siempre se trata de expresiones históricas, de configuraciones ideales éticas, de las cuales es portador un determinado sistema político o social y que perecen con él; *v. gr.*, el ideal ascético del cristianismo más antiguo, el ideal caballeresco de la Edad Media, el ideal burgués ilustrado de un dominio de la vida por medio de la fuerza de la razón, el ideal humanista del clasicismo alemán o el ideal socialista del marxismo. De vez en cuando se rescata un vestigio de tales épocas, incluso, con frecuencia, de considerable duración, que se extiende más allá en otros tiempos (por ejemplo, la pena de muerte) y entra en conflicto con el cambio social. A la *historicidad* de tales configuraciones ideales éticas se les brinda poca atención. Por el contrario, la moralidad natural, sencilla, a la que, en cuanto *ethos* de la amplia masa, le es propia una cierta imagen promedio, es

---

11 F. Bollnow. *Einfache Sittlichkeit*, 3ª ed., 1957, *passim*. Instructivo Y. W. Kim. "Zur Rezeption deutschen Strafrechts in Korea", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 695 y ss.

en su forma fundamental la misma, asiduamente, a través de largos lapsos y en diversos pueblos. La duración fáctica de las normas –tanto del derecho como de la moral– depende de su *interiorización* por parte de los individuos, y este constituye un proceso de *socialización* que no se desenvuelve fuera del tiempo y del espacio, pero, desde luego, tampoco ocurre a discreción. Que, *v. gr.*, el tráfico de drogas sea definido por algunos autores como "una conducta desviada", no se infiere de la arbitrariedad de una "condena jurídica", sino se desprende de las relaciones existentes y de su valoración moral (aun cuando, evidentemente, también de la valoración político criminal).

Después de todo tiene que aceptarse que el derecho, en tanto fundamenta su validez en un valor moral, no vive en absoluto en una armonía preestablecida con la moral y, más bien, pueden surgir, de múltiples maneras, tensiones entre lo jurídico y lo moral. De esta suerte, existe, así mismo, la trágica figura del *delincuente por convicción*, quien vulnera la ley por motivos morales, pues se cree obligado a ello y de hecho quizá tenga a su favor las mejores razones morales. Pero –y esto hace que la situación se torne aún más trágica– el delincuente por convicción no se encuentra en conflicto únicamente frente al orden jurídico sino, igualmente, frente al orden moral. Pues la observancia de las leyes válidas, tan defectuosas como ellas puedan ser, constituye siempre un deber moral, precisamente porque sólo existen deberes jurídicos en cuanto deberes morales. Sin embargo, allí donde se ejerce *resistencia* contra una ley, que debido a su evidente quebrantamiento de la justicia carece totalmente de validez, no resulta ni un conflicto con el orden jurídico, ni con el orden moral, puesto que quien lucha por la resistencia no solamente está en armonía con el orden moral sino –en contra de la concepción positivista– también con el orden jurídico. No es, pues, ningún "infractor" y tampoco un "delincuente por convicción"[12].

4. *Exterioridad e interioridad*

Por otro lado, se pretende distinguir entre derecho y moral por medio del contraste exterioridad-interioridad. Así, se dice, que un ciudadano leal

---

12 Sobre los delincuentes por convicción ver arriba, p. 369, nota 22. Sobre el derecho a la resistencia, arriba, pp. 375 y ss.

puede ser quien observa puntualmente sus deberes jurídicos pero es un canalla en sus convicciones. E igualmente es posible pensar lo opuesto: una conducta moral correcta, a la que se le pueden hacer reparos en el aspecto jurídico; por ejemplo, robar a los ricos para impedir que los pobres mueran de hambre (como hacía el santo Ivo Helorius, patrono defensor de los juristas).

Seguro que tales tensiones entre moral y derecho pueden darse, pero no es posible construir sobre ello una distinción esencial. La aseveración según la cual para el derecho los sucesos psíquicos y espirituales son indiferentes está deficientemente cimentada, por cuanto conocimiento, voluntad, intención, buena fe, error, consenso, disenso, tienen para el derecho una gran significación. En dirección contraria, también para la moral es importante la conducta externa, así como lo es para el derecho la conducta interna. Existe únicamente una diferencia de grado en la perspectiva. En el derecho se valora lo interior desde afuera; en la moral se valora lo exterior a partir de lo interior.

5. *Legalidad y moralidad*

Se argumenta, finalmente, que el derecho se conforma con la mera legalidad, no depende de la convicción moral. Esta afirmación, sin embargo, no resiste un examen más profundo. Esto sería correcto si el precepto jurídico no fuese más que una orden coercitiva, un puro imperativo. Pero como se mostró, orden y coerción en cuanto tales no pueden fundamentar ningún deber ser. Estas adquieren carácter obligatorio tan sólo cuando les subyace un valor. En otras palabras, la estructura fundamental del precepto jurídico no es un imperativo, sino una norma; el imperativo representa únicamente el medio para realizar el valor contenido en la norma. Si el derecho es norma, entonces no se puede conformar con la legalidad, pues la norma exige moralidad[13]. Que al derecho no le sea en absoluto indiferente la convicción jurídica se muestra de manera muy ilustrativa en el ejemplo del castigo:

13 Aquí se alude una vez más a J. Llompart. “Von der Wertlosigkeit der Wertabstinenz in der Philosophie und Theorie des Rechts”, en G. Haney/W. Maihofer/G. Sprenger (Eds.). *Recht und Ideologie*; Festschrift für Hermann Klenner, 1996, pp. 147 y ss.

por una parte, aspira a la mejoría o bien a la resocialización de quien infringe el derecho, y por otra, busca reforzar a quien es honesto en su convicción de lealtad jurídica.

IV. LA RELACIÓN RESPECTO DE REGLAS AFINES DE COMPORTAMIENTO SOCIAL

1. *Reglas sociales*

La diferencia entre moral y derecho se muestra, después de todo, como muy compleja. No menos compleja es la delimitación con las reglas sociales, los usos, la costumbre, el convencionalismo. Max Weber intentó, sin duda, una distinción relativamente exacta. Las reglas sociales son, según esto, regulación de la acción social ligada a normas y a valores, que en el ámbito de validez y en las sanciones con ella relacionadas va más allá de los usos y de los hábitos, pero no alcanza, en principio, la formalización del "orden normado", así como se manifiesta en el derecho y en la ley. Literalmente, "nosotros queremos entender por 'reglas sociales' el caso de una típica conducta uniforme que se mantiene en el ámbito de lo usual, únicamente, en razón del 'hábito' o de la 'imitación' que no es producto de la reflexión; una 'acción en masa', por tanto, cuya continuidad no se le 'imputa' a nadie en ningún sentido. Por 'convencionalismo' pretendemos entender, por el contrario, el caso en que sobre determinada conducta opera, ciertamente, un efecto, pero no mediante coerción física o psíquica y, en absoluto, al menos no normalmente y de manera inmediata, por medio de alguna otra reacción diferente a la mera aprobación o desaprobación de un círculo de hombres, los cuales constituyen el específico 'medio ambiente' de quien realiza la acción. El 'convencionalismo' ha de distinguirse nítidamente del derecho consuetudinario que tiene a su disposición un aparato de coacción, en tanto que el convencionalismo carece, precisamente, de un 'aparato coercitivo'"[14].

Si esto es acertado, lo es tan sólo *cum grano salis*. Cuando se observa detenidamente, los problemas se tornan evidentes. Desde luego, tanto en

---

14 M. Weber. *Wirtschaft und Gesellschaft*, editado por J. Winckelmann, 5ª ed., 1985, pp. 187 y ss.

las reglas sociales como en el convencionalismo falta el aparato de coacción (¡pero también falta en el derecho internacional y en las *leges imperfectae*!) mas no la obligatoriedad. A disposición de las reglas sociales pueden estar medios de coerción psíquica muy fuertes, piénsese no más en el rechazo social o en el boicoteo. Tampoco es cierto que las reglas sociales se conformen únicamente con la observancia externa y les sea indiferente la convicción interna: "Tan sólo quien respeta las reglas sociales es un *gentleman*; quien únicamente participa de ellas externamente es un arribista"[15].

Justamente existe un acuerdo tácito de comportarse de tal forma como si tras la exteriorización de la observancia de la regla se encontrara la respectiva interiorización; tras la apariencia, el ser; tras el saludo, el aprecio. Empero, precisamente a través del medio de la ficción, de la "mentira convencional", obtiene la regla social la doble fuerza del modo de obligar externo e interno, es más poderosa que la moral y a veces también, que el derecho. "No es la moral la que gobierna al mundo sino una forma más severa de la misma, las reglas sociales. Tal como se ha vuelto el mundo, antes perdona un quebrantamiento de la moralidad que una vulneración de las reglas sociales"[16].

El acatamiento de las reglas sociales supone, más allá del derecho y la moral, un "arraigamiento" del modelo de comportamiento[17] y, por tanto, un proceso relativamente largo de "interiorización" e intimación, como dicen los sociólogos. Si se pierde esa interiorización y por consiguiente también la autenticidad moral, entonces la regla social sacrifica su función en la sociedad. Puesto que las reglas sociales constituyen una forma preliminar de moral y derecho, el "'estado de indiferencia' que desplaza la forma del derecho y de las reglas sociales hacia distintos lados"[18] trae como consecuencia, junto con la decadencia de las reglas sociales, casi siempre también la crisis de la moral y del derecho.

---

15 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, p. 139 = GRGA, T. 2, 1993, p. 275.

16 Berthold Auerbach, citado según Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 15), p. 140 = GRGA, T. 2, 1993, pp. 275 y s.

17 Comparar M. Weber. *Wirtschaft* (nota 14), p. 187.

18 G. Simmel, citado según Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 15), p. 139 = GRGA, T. 2, 1993, p. 275.

2. *Convencionalismo*

Mientras que a las reglas sociales se adhiere la invulnerabilidad, incluso la santidad, a cuyo quebrantamiento se responde con sanciones sociales, el convencionalismo se relaciona más con las reglas de la decencia externa, que ofrecen un más amplio campo de acción. Si la costumbre es asunto de la comunidad, el convencionalismo, lo es más bien de la sociedad[19]. La costumbre es duradera, el convencionalismo, por el contrario, se somete a la moda (la oda de Schiller sobre la alegría: "Tus encantos han unido de nuevo lo que la moda en vano separó..."). La costumbre obra ligando; el convencionalismo separa. Lo importante para el convencionalismo es que "uno sabe finalmente qué es lo conveniente"; él excusa "con mayor dificultad" al torpe, "a quien desconoce lo que es conveniente"; observa, al contrario, sonriendo a la manera del galante, todo aquello que con gracia se sabe sobreponer conscientemente a una forma corriente[20]. En la moral y en el derecho la falta de conciencia opera exonerando el quebrantamiento de la norma; en el convencionalismo, por el contrario, agravándolo.

3. *Usos y costumbre*

Los usos se distinguen de las reglas sociales, y cuanto más de la moral y del derecho, en que, por lo general, falta la conciencia del deber. Son formas de expresión tradicionales de la vida social, que como consecuencia de una larga observancia frecuentemente se institucionalizan y muchas veces se hunden en la pura forma.

Lo que transforma el uso o la costumbre en *derecho consuetudinario* no es, en primer lugar, la coercibilidad y tampoco la práctica uniforme extendida en el tiempo, sino el contenido ético social de la regla respectiva, su orientación hacia el bien común. Las meras reglas sociales pueden ser indiferentes moralmente. En cambio, el derecho –y así mismo el derecho consue-

---

19 F. Tönnies. *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 8ª ed., 1935 (reimpr. 1979; 3ª ed., 1991), especialmente pp. 185 y ss.

20 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie* (nota 15), p. 141 = GRGA, T. 2, 1993, p. 277.

tudinario– tiene siempre una valencia moral. Inclusive el pretendido mandato éticamente descolorido: ¡manejar a la derecha!, sirve de manera mediata a la protección de valores, a la protección de la vida y de la integridad física. Una norma jurídica que no sirviese a ningún valor carecería de sentido. Esto no quiere decir necesariamente que sólo puedan ser protegidos jurídicamente valores humanos; según una concepción que empieza a abrirse paso, también la naturaleza, es decir, los animales superiores pueden tener derechos[21] (más detalladamente abajo, pp. 521 y ss.).

V. CONTRADICCIÓN DE VALORES ENTRE DERECHO Y MORAL

Las contradicciones de valores dentro de la esfera del deber ser (de la esfera normativa), en especial aquellas entre derecho y moral, son algo fatal, pues producen inseguridad. De tales contradicciones se trata, principalmente, cuando la moral permite algo que prohíbe el derecho (delincuentes por convicción, resistencia) o cuando la moral niega algo que el derecho autoriza (aborto). Es cuestionable si tales contradicciones existen normalmente o si pueden ser evitadas. Si se conciben el derecho y la moral como una unidad, entonces no pueden originarse contradicciones o, mejor, éstas se disuelven con la interpretación correspondiente. Si se parte de que derecho y moral están separados estrictamente pueden existir, obviamente, contradicciones valorativas entre los dos ámbitos, pero ellas no tocan ni al derecho, ni a la moral, puesto que entre ellas no hay puntos de conexión.

Empero, como se señaló, ni la moral forma una unidad con el derecho, ni están completamente separados y, desde esta perspectiva, las contradicciones respecto a valores aparecen, en cierto sentido, programadas de antemano y rozan de manera considerable tanto la comprensión de derecho como la de moral. Tomemos un par de ejemplos:

El *delincuente por convicción* se cree moralmente obligado a una conducta que es prohibida jurídicamente. Entretanto, ya se mostró arriba que cuando el delincuente en conciencia quebranta leyes *válidas* no solamente atenta

---

21 Sobre este tema comparar (con extensa documentación) A. Kaufmann. “Gibt es Rechte der Natur?”, en M. Seebode (Ed.). *Festschrift für Günter Spendel*, 1992, pp. 59 y ss.

contra el derecho, sino también contra la moral, pues ésta no autoriza una acción así. De tal modo, se disuelve formalmente el desacuerdo entre derecho y moral, pero a un mismo tiempo se hace evidente, del todo, la tragedia propia del delincuente en conciencia, pues se encuentra, en principio, en contradicción consigo mismo (ver pp. 368 y 369, nota 22).

Sobre el tema del *derecho a la resistencia* se dice, con frecuencia, que un problema tal no puede existir; la resistencia está, en todo caso, legitimada moralmente, mas no jurídicamente, pues no existe un derecho contra el derecho (el teólogo Jacques Bénique Bossuet, contemporáneo de Luis XIV, acuñó la frase: *Il n'y a pas de droit contre le droit*). Lo último es cierto, en efecto, pero, como se explicó arriba, dentro de determinadas condiciones, también la resistencia está legitimada jurídicamente cuando ella se dirige contra derecho estatal incorrecto y, ante todo, contra derecho legal incorrecto (piénsese en julio 20 de 1944[22]). Con esto no desaparecen del todo las contradicciones respecto a valores (resistencia frente al derecho defectuoso mas no injusto por antonomasia), pero se reducen a su núcleo. La muy mencionada tragedia de quien lucha por la resistencia no se fundamenta primariamente en que su conducta –intachable desde la perspectiva de la moral– no estuviese justificada jurídicamente, sino en que la mayoría de las veces no se le oye cuando expone sus motivos de fundamentación.

En relación con la *desobediencia civil* se tiene que distinguir, asimismo, entre formas permitidas y no permitidas (ver arriba pp. 378 y ss.). Esto es aquí muy parecido a lo que sucede con el derecho a la resistencia. Se puede pensar, por ejemplo, en los bloqueos pacíficos que realiza la gente sentándose a las puertas de los depósitos de armas; si bien se realizan por causa de un muy alto fin superior (paz), quebrantan, no obstante, el derecho válido (que se trate, precisamente, de coacción en el sentido del derecho penal, es algo muy discutido)[23]. Aquí se atenúan, igualmente, las contradicciones entre

---

22 Fecha del fallido atentado de un grupo de oficiales patriotas alemanes contra Adolfo Hitler (n. del t.).

23 En detalle A. Kaufmann. "Der Bundesgerichtshof und die Sitzblockade", en *NJW*, 1988, pp. 2.581 y ss. Ver igualmente arriba pp. 115 y ss.

derecho y moral, por medio de diferenciaciones exactas; no es posible, sin embargo, eliminarlas a través de la racionalización.

En lo que concierne a la interrupción del embarazo se ha supuesto que (fuera del caso de la indicación médica y también de la "ética" [criminológica]) no está autorizada por la moral; esto constituye, ciertamente, una moral muy rigurosa, pero está representada por un grupo considerable de la sociedad, de tal manera que en este lugar no se puede negar una contradicción de valores entre derecho y moral. Cuando esto se interpreta así, o sea, que conforme al derecho existe una autorización (una justificación jurídica), mas no moralmente, la contraposición es rotunda e inconciliable. Si tan sólo se acepta como dada jurídicamente una exclusión de la punibilidad, entonces la contradicción se disuelve (pues la *interruptio* continúa siendo antijurídica). Pero en seguida surge una nueva contradicción: un grupo también amplio de la sociedad considera que la interrupción del embarazo, en los casos previstos por la ley, no es antijurídica. Puesto que la ley no habla ni de "justificado", ni tampoco de "excusado", sino, en forma valorativamente neutral, de "no punible", no existe obstáculo alguno para no tener que entender los respectivos modos de actuación expresamente, en cuanto "jurídicos", ni manifiestamente en tanto "antijurídicos", sino más bien como "no prohibidos-no permitidos". La interrupción del embarazo cae, en los casos controvertidos, dentro del "espacio libre de derecho", que es "libre de derecho" únicamente en relación con una *valoración*, no al respecto de una "regulación jurídica"; de tal suerte que las fronteras al interior de las cuales la interrupción del embarazo no será prohibida-permitida habrán de ser fijadas por la ley. Esto es, por consiguiente, sólo un espacio libre de *valoración* jurídica, lo que con frecuencia se desconoce. Visto así no se presenta ninguna colisión frontal con la valoración moral. De otro lado, tampoco resulta una equiparación con valoraciones morales religiosas, etc. El modelo del espacio libre de valoración jurídica constituye una solución para un orden jurídico tolerante y libre. Sobre esto se hablará en detalle en el capítulo XV.

En conclusión, luego de un análisis más exacto es posible evitar, hasta un cierto punto, las contradicciones de valores entre moral y derecho. En algunos ámbitos, no obstante, continúan existiendo. Esto es, efectivamente, desfavorable en relación con la deseable esfera del deber ser libre de contra-

dicciones. No ha de desconocerse que precisamente en tales casos la moral debe ejercer una función crítica frente al derecho.

VI. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad[24] en tanto regla de competencia del orden social obtuvo su nombre en la encíclica *Quadragesimo anno*, del papa Pío XI, en 1931. Pero no es, en absoluto, un principio social específicamente católico, como de vez en vez se afirma. Es posible hacerle un seguimiento más allá del tiempo de Cristo. Su formulación clásica procede de Abraham Lincoln: "El gobierno ha de procurar a la población lo que necesita, lo que no esté en sus manos realizar por sí misma o que, de estarlo, no podría hacer bien. En todo aquello que las personas puedan hacer igualmente bien, por sí mismas, el gobierno no tiene que inmiscuirse"[25]. O formulado de otra manera: construcción de la sociedad desde abajo hacia arriba; o mejor, al miembro individual de la sociedad tanta libertad como sea posible, tanto Estado como sea necesario. La relación entre derecho y moral es un aspecto parcial del principio de subsidiariedad. Por ejemplo, allí donde las relaciones del médico con la ética profesional médica no están reguladas suficientemente no se requieren preceptos jurídicos, especialmente preceptos penales; estarían incluso fuera de lugar. Sólo cuando la ética profesional no es suficiente el derecho tiene que "prestar ayuda" (*subsiduum*).

El principio de subsidiariedad se dirige, por una parte, contra el colectivismo estatal y el totalitarismo y, por otra, también, contra aquella forma de liberalismo en la que el Estado sólo ha de tener el conocido papel de guardián, lo que con frecuencia se pasa por alto. Es falso, por consiguiente, interpretar el principio de subsidiariedad unilateralmente de manera individualista, como si se tratara, en conclusión, de proteger y defender la

---

24 Sobre el principio de subsidiariedad (con una muy amplia documentación) ver A. Kaufmann. "Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht", en *Festschrift für Heinrich Henkel*, 1974, pp. 89 y ss. Recientemente, A. Waschkuhn. *Was ist Subsidiarität?; Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip*, 1995.

25 Citado según O. v. Nell-Breuning. "Subsidiaritätsprinzip", en *Staatslexikon*, editado

independencia de la más pequeña unidad, es decir, del individuo frente a la unidad más grande. En resumen, como si su función se dirigiese *contra* el Estado "Moloc". Este principio significa la conclusión inversa: si al Estado tan sólo le *está permitido* intervenir cuando el individuo, los grupos, etc., no se bastan a sí mismos, entonces esto quiere decir, en forma necesariamente lógica, que el Estado *no necesita* intervenir en tanto el individuo se baste a sí mismo. La muy denunciada inflación legislativa no encuentra sus raíces, por lo menos no en primera línea, en el exceso de competencia del Estado, sino, todavía más, en que los ciudadanos, las asociaciones, las iglesias, los sindicatos... en lugar de agotar sus propias competencias y conformarse con esto, apelan incesantemente al Estado que todo lo da y todo lo regula.

El principio de subsidiariedad es una parte de la justicia social, del *bonum commune*. Pues se trata del correcto equilibrio de la libertad del hombre para su pleno desarrollo, por un lado, y del aseguramiento y apoyo estatal de dicha libertad, por el otro. Este equilibrio lo llamamos nosotros justicia. Y, como lo expusimos arriba[26], en tanto que la idea de derecho se arraiga, finalmente, en la idea de hombre, así mismo y por este motivo el principio de subsidiariedad tiene que ser inferido, en el fondo, a partir de la "imagen" del hombre en cuanto "imagen directriz" del orden social.

Recordemos aquí la frase de Max Scheler: "El hombre es un individuo social"[27]. Esto es válido también, en su doble significación, para el principio de subsidiariedad. Significa, por una parte, que el hombre, en tanto ser responsable, está llamado a realizar la configuración de su vida, fundamentalmente, bajo su propia dirección. La otra parte concierne a las funciones del Estado. Y, por cierto, en un aspecto positivo y otro negativo. El principio de subsidiariedad significa, negativamente, que el Estado no debe prestar "ayuda" cuando el individuo o el miembro de la comunidad no la requieran en absoluto o cuando –como se acostumbra a decir– no se exige al Estado una intervención "de ayuda". El otro aspecto atañe a la posición de ayuda positiva, allí donde se originan tareas que ni el individuo ni la pequeña

---

por la Görres-Gesellschaft, 6ª ed., T. 7, 1962, p. 828; allí también el texto original en inglés.

26 Sobre la idea de derecho ver arriba pp. 290 y ss.

27 M. Scheler, nota 5.

comunidad (por ejemplo, la comunidad de médicos), pueden resolver. Aquí el Estado (el más grande miembro de la comunidad) no es tan sólo un sustituto o un supletorio, de la misma forma que los padres no son únicamente sustituto cuando brindan ayuda a sus hijos, cuando éstos no pueden resolver por sí mismos un asunto. Este *subsiduum* consiste, más bien, en una complementación y un perfeccionamiento fundados en la naturaleza de la personalidad humana y por ella exigidos.

El principio de subsidiariedad se discute tradicionalmente en el derecho público y en el derecho constitucional. Desempeña un papel importante, asimismo, en el derecho penal. Lo que se denomina la "naturaleza fragmentaria del derecho penal"[28] constituye también un aspecto del principio de subisidiariedad. Esto significa que únicamente es permitido aplicar el derecho penal allí donde es incondicionalmente necesario para la protección de la sociedad, esto es, tan sólo para la protección de aquellos bienes jurídicos que son imprescindibles para la vida del hombre en convivencia con los otros hombres y que no pueden ser protegidos efectivamente con ningún otro medio distinto al del derecho penal. Con ello se rechaza la consigna anunciada, ante todo, en la dictadura –en el Estado total– que el derecho penal ha de garantizar de manera primaria la "convicción de valores éticos sociales". La convicción de valores, como tal, no le incumbe al Estado. Sólo en el marco de la protección de bienes jurídicos tiene que garantizar mediatamente moralidad. Pues, ya se dijo, a diferencia de la moral el derecho se interesa por la interioridad únicamente en tanto se manifieste en lo externo. Derecho y moral no son lo mismo.

---

28 Sobre la naturaleza fragmentaria del derecho penal, comparar, arriba p. 374.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

La doctrina del "espacio libre de derecho"

I. LITERATURA

Comes, H. *Der rechtsfreie Raum*, 1976; Engisch, K. "Der rechtsfreie Raum", en *ZStaatsW* 108 (1952), pp. 385 ss.; también en, del mismo, *Beiträge zur Rechtstheorie*, 1984, pp. 9 ss.; Gallas, W. "Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung", en *JZ* 1960, pp. 649 ss., 686 ss.; Hirsch, H. J. "Strafrecht und rechtsfreier Raum", en *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 89 ss.; Kang, H. W. *Gesetzesflut und rechtsfreier Raum*, 1990; Kaufmann, A. "Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung", en *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, pp. 327 ss.; también en, del mismo, *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983, pp. 147 ss. (con literatura); del mismo, "Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?", en *JZ* 1992, pp. 981 ss., 1173; Philipps, L. "Rechtliche Regelung und formale Logik", en *ARSP* 50 (1964), pp. 317 ss.; del mismo, "Sinn und Struktur der Normlogik", en *ARSP* 53 (1996), pp. 195 ss.; del mismo, "Aufgaben und Wertungen als Gegenstände der Logik", en *ARSP*-Beiheft N. F. 6, 1970, pp. 59 ss.; Priester, J. M. "Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch", en Haft, F. y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 499 ss.; Schild, W. "Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes", en *JA* 1978, pp. 449 ss.

II. ESPACIO LIBRE DE DERECHO: REGULADO MAS NO VALORADO JURÍDICAMENTE

Respecto del así llamado "espacio libre de derecho" se ha hecho mención repetidamente en capítulos anteriores. Ahora ha de explicarse en qué consiste. Nos limitaremos a la *relevancia* que para *el derecho penal* tiene dicha doctrina, pues allí despliega su principal significación.

La doctrina del espacio libre de derecho ha encontrado, desde tiempo atrás, en la ciencia jurídica, y ante todo en el derecho penal, múltiples partidarios. No ha podido, sin embargo, imponerse. Siempre han existido también muchos contradictores[1]. Los motivos del rechazo son multiformes.

---

1 Sobre el debate ver A. Kaufmann. "Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung", en *Festschrift für R. Maurach*, 1972, pp. 327 y ss. El escrito "clásico" sobre el tema proviene de Karl Engisch. "Der rechtsfreie Raum", en *ZStaatsW* 108 (1952), pp. 385 y ss. La discusión reciente desatada por mí, así como por la réplica de H. J. Hirsch (ver arriba literatura), se ha continuado, curiosamente, en Japón. A favor de Hirsch se ha pronunciado K. Yamanaka, mientras que yo he sido apoyado por J. Llompart (quien es originario de España, pero enseña en Japón) y por F. Kanazawa; sobre esto ver K. Miyazawa. "Arthur Kaufmann und die japanische Rechtswissenschaft", en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 7 y ss., especialmente 11 y s. En la dirección

En primer lugar: *un grave malentendido*. Se objeta, una y otra vez, que la renuncia a la regulación jurídica en el ámbito propio de la criminalidad, por ejemplo en relación con el aborto, conduce a un estado de naturaleza sin derecho y, en consecuencia, al reconocimiento del derecho del más fuerte. Con la interrupción del embarazo, *v. gr.*, los partidarios a favor y en contra del aborto librarían una abierta batalla campal en la clínica en donde se practique la intervención, con heridas recíprocas considerables, sin que de ello se desprendan consecuencias jurídicas (el nombre de quien ha pensado esto no se mencionará).

Nada de todo esto es correcto. El ataque se dirige a un fantasma o, al menos, no roza de manera alguna la doctrina del espacio libre de derecho. Espacio libre de derecho *no* significa *jurídicamente no regulado*, sino *jurídicamente no valorado*. No es posible desconocer, sin embargo, que la expresión "libre de derecho" es bastante inapropiada y constituye, por tal razón, motivo de confusiones. Casi todos los legos en materia jurídica se representan bajo "espacio libre de derecho" un ámbito ajeno a cualquier regulación jurídica; esto no es sorprendente pues a ellos les es desconocida la diferencia entre lo "no punible" y lo "no regulado penalmente". Sin duda existen también, dentro de los partidarios de la doctrina del espacio libre de derecho, algunos que se expresan de manera poco precisa. Los modos de comportamiento que no están regulados jurídicamente, puesto que el derecho no se interesa en absoluto por ellos, se denominan en la teoría del derecho "vacíos de derecho". Se trata de actividades que son jurídicamente irrelevantes: comer, beber, dormir, pasear (dese luego, *todo* puede adquirir relevancia jurídica; un paseo puede ser muy relevante jurídicamente cuando se trata de una coartada, pero esto lo podemos dejar, por lo pronto, de lado).

Muy por el contrario, en el espacio libre de derecho se trata de *acciones relevantes y reguladas jurídicamente*, que pese a ello *no pueden ser valoradas*, *pertinentemente*, *ni en cuanto conformes a derecho*, *ni en tanto antijurídicas.* A manera de caracterización de dicha conducta ambivalente se impuso la expresión, poco acertada, de "no prohibidas". Correcto sería, más bien,

---

mía, recientemente, también, K. Ueda. "Warum ist strafloser Schwangerschaftsabbruch 'unverboten'?", en *The Doshisha Law Review* (Kyoto), Nº 228, noviembre 1992, pp. 30 y ss. (en japonés).

hablar de espacio libre de *valoración* jurídica. Esta expresión, mientras tanto, no se ha podido imponer.

El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, *bajo determinados supuestos*, *se declara como "no punible"*. La pregunta acerca de lo que ha de entenderse por "no punible" –no antijurídica, no culpable, etc.– no es regulada por el legislador, esto le queda reservado a la jurisprudencia y a la doctrina. Se podría pensar, no obstante, que en la ley (por ejemplo, en el § 218a párrafo 4 St.GB [Código Penal]: "La mujer en estado de embarazo no será penada según el § 218") en lugar de "no penada", podría decirse, mejor: "La interrupción del embarazo no está prohibida cuando..."; de esta forma se garantizaría que a la mujer en estado de embarazo no se le tache de haber actuado antijurídicamente. El legislador, así como el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) (el cual ha interpretado de manera completamente errónea la doctrina del espacio libre de derecho) se resisten, entre tanto, frente a tal propuesta. Pero, sea como fuere, si se quiere tratar la interrupción del embarazo según la teoría del espacio libre de derecho *no se tiene que cambiar absolutamente nada en la ley*, y mucho menos derogar determinados preceptos legales, así como con la (igualmente digna de aprecio) doctrina de la acción y del resultado injusto tampoco se tiene que cambiar una ley. La objeción según la cual el espacio libre de derecho conduciría a un estado natural desligado del derecho resulta absurda.

III. JURIDICIDAD O ANTIJURIDICIDAD: ¿TERTIUM NON DATUR?

El problema cardinal de la doctrina del espacio libre de derecho reside en la pregunta sobre si todas las formas de comportamientos relevantes penalmente pueden ser concebidas, adecuadamente, en tanto "jurídicas" y "antijurídicas" (aquí no se trata de "inocencia o culpabilidad"). La pregunta ha de responderse negativamente. Las dos categorías se tornan inoperantes, principalmente en los casos de conflictos trágicos y de necesidad existencial, esto es, en situaciones límite. De esta suerte, el conocimiento acerca de que

tampoco es posible solucionar determinados casos (casos de necesidad) exclusivamente sobre la base de la valoración jurídico/antijurídico es todo menos nuevo. Desde hace dos mil años casi todos los grandes de la filosofía: Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, Kant, Fichte, Hegel, Jaspers, Sartre... intentan una respuesta. Esta discusión fue desencadenada por el no muy renombrado filósofo Carneades (nacido en el 214 a. C.), quien al menos nos ha legado la famosa tabla. Con el correr de los tiempos se han desarrollado numerosas variantes de la "tabla de Carneades". Aquí consideraremos las siguientes: dos náufragos intentan salvarse asiéndose a una tabla flotante, que evidentemente no puede soportar más que a uno. Cada uno de los dos intenta respectivamente separar violentamente al otro de la tabla. *X* se salva, *Y* se ahoga.

Si se pretende juzgar este caso de acuerdo con la dogmática penal dominante, que en el ámbito de la antijuridicidad tan sólo conoce las valoraciones "jurídico"-"antijurídico", entonces *X*, quien permaneció en la tabla y se pudo salvar a costa de *Y*, mató únicamente en "estado de necesidad exonerable de culpabilidad" (§ 35 StGB) y, por consiguiente, de manera antijurídica. De aquí se deriva la extraña consecuencia de que, desde la perspectiva del derecho, o uno de los dos se ofrece voluntariamente a ahogarse o ambos habrían tenido que ahogarse; "la sinrazón misma", así llamó Binding sarcásticamente a una "solución" tal[2]. La aporía es aún más grave: si ambos náufragos luchan entre sí para alcanzar la tabla, esto ha de juzgarse respectivamente como una agresión antijurídica (aun cuando exculpable). Frente a una agresión antijurídica es posible ejercer la legítima defensa. Por consiguiente, a cada uno le correspondería el derecho a la legítima defensa frente al otro. Legítima defensa frente a legítima defensa no existe. Se desemboca, seguidamente, en un callejón sin salida, del cual tampoco es posible escapar porque se diga que la acción del uno, en tanto ataque, es antijurídica y, en cuanto defensa, por el contrario, jurídica. Pues agresión y defensa se encuentran aquí inseparablemente ligadas, bien que una y la misma acción sería así mismo jurídica como antijurídica: un ejemplo modelo de vulneración del principio de contradicción. La dogmática reinante del

---

2 K. Binding. *Handbuch des Strafrechts*, T. 1, 3ª ed., 1919, p. 765.

derecho penal, que tan sólo conoce este par valorativo jurídico-antijurídico, se encuentra aquí al final de sus posibilidades[3].

IV. INTENTOS DE SOLUCIÓN

Es claramente indiscutible que a dicha doctrina le falta una categoría para poder juzgar correctamente la conducta de *X*. Esto se sabe desde hace tiempo. Existen, por eso, toda una serie de propuestas de solución, de las cuales hemos de analizar algunas actuales. Para ello habremos de valernos de otro ejemplo más.

Luego de un accidente en masa en una autopista, dos heridos de gravedad son llevados al hospital. El médico jefe responsable conecta a uno de los dos heridos a la única maquina de corazón y pulmón todavía disponible. Este se salva; el otro, que *ex ante* tenía las mismas posibilidades de sobrevivir, muere; que fuera transportado a otro hospital no era aconsejable, teniendo en cuenta su estado. Por supuesto, la conducta del médico está "reglada jurídicamente" (homicidio, estado de necesidad), se cuestiona, no obstante, que la solución sea adecuada. Veamos.

Hans-Heinrich Jescheck se pronuncia sobre el suceso de la siguiente manera: "En tales casos se produce una *colisión de deberes jurídicamente insoluble*" [...] El médico jefe no puede negar a ambas personas gravemente heridas la conexión con el único medio de salvación: la máquina de corazón-pulmón [¿cómo, pues, ha de cumplir este deber?] [...] El hombre que se encuentra ante esta colisión de deberes sin solución, decida lo que decida, actúa, en cualquier caso, *antijurídicamente*"[4]. Günter Stratenwerth escribe: "La pregunta [...] tiene que decidirse de tal forma que no se pueda elevar un reproche jurídico de culpabilidad. La pena supone un quebrantamiento craso de normas sociales. Para los conflictos sometidos aquí a discusión no existen cánones de decisión, ni solución que pudiese reclamar validez

---

3 Esclarecedor H. Engelhard, en H. Engelhard/G. Radbruch. *Die Lehre vom Verbrechen an Hand von Rechtsfällen*, 2ª ed., 1948, pp. 22 y ss. = GRGA, T. 8, 1997.

4 H. H. Jescheck. *Lehrbuch des Strafrechts*, Parte General, 1969, p. 332. En la 5ª edición de 1996 de H. H. Jescheck/Th. Weigend, p. 503, la formulación es diferente, pero temáticamente no ha cambiado.

general. El individuo particular, abandonado por el orden jurídico, se ve remitido totalmente a la instancia de su propia conciencia. Su decisión, sin embargo –cualquiera que ella sea–, tiene que ser respetada también por el derecho, en tanto no supere las fronteras de lo jurídicamente prohibido en forma *unívoca*. Dogmáticamente, esto exige el reconocimiento de un motivo supralegal de exculpación que sea concebido de manera correspondiente"[5].

Las dos respuestas, la de Jescheck y la de Stratenwerth, llaman la atención por la seriedad dogmática que de ellas se desprende. Manifiestan, así mismo, el total estado de abandono de la dogmática imperante. ¿Por qué el médico ha de ser *tan sólo excusado* por "consideración" a causa de su "deficiencia humana"? Si él ha debido actuar "antijurídicamente" (lo que ambos autores aceptan) esto significa, entonces, que actuó *incorrectamente*, que él no habría debido actuar. ¿Qué es, pues, lo que hubiese sido acertado aquí? Ciertamente, el médico jefe dejó morir a uno de los heridos graves que probablemente hubiese podido salvar si..., y a su favor no existe ningún motivo de justificación. ¿Precisamente por ello le debe ser inherente el oprobio de haber actuado antijurídicamente?

Aquí se muestra una vez más que a la dogmática dominante del derecho penal le hace falta una categoría para juzgar. A partir de este conocimiento Reinhart Maurach realizó la propuesta de introducir un escalón más en la valoración, el cual denominó *responsabilidad por el hecho*. Si falta la responsabilidad por el hecho, no se presenta efectivamente un motivo de exculpación, pero el autor no es tan sólo exculpado; sucede, más bien, que la desaprobación únicamente concierne al hecho y no, por el contrario, al autor[6]. Este paso se encamina hacia la dirección acertada. La propuesta de Maurach adolece, empero, de que la característica de la responsabilidad por el hecho se coloca entre la antijuridicidad y la culpa. Correctamente tiene que tener su ubicación sistemática entre juridicidad y antijuridicidad. Esto corresponde a otra propuesta de solución a la que dedicaremos ahora nuestra atención.

Se trata de la diferenciación realizada por Hans Welzel y muchos otros penalistas sobre lo antijurídico en tanto que *acción no valorada* y *resultado*

---

5 G. Stratenwerth. *Strafrecht*, Parte General, T. 1, "Die Straftat", 1971, pp. 181 y s.
6 R. Maurach. *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948, pp. 36 y ss.

no valorado (no es una mera coincidencia que esto haga recordar la distinción que realiza Kant respecto de la causalidad: como inteligible según su *acción*, en cuanto que cosa en sí misma –"causalidad por medio de la libertad"– y como sensible, según los *efectos* de la misma, bien que fenómeno del mundo de los sentidos; véase abajo pp. 429 y ss.). Apoyándose expresamente en lo expuesto por Maurach, Werner Maihofer da un paso adelante. El no concibe la "responsabilidad por el hecho" a manera de etapa preliminar de la culpa, sino en cuanto elemento de la antijuridicidad: como *reproche personal de lo antijurídico*[7]. Este traslado dentro del sistema trae como consecuencia que frente a la mujer en estado de embarazo, frente al náufrago X y frente al médico jefe no queda suprimido el reproche de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho en el sentido de Maurach, sino ya el reproche respecto de la antijuridicidad, según otra terminología: la no valoración de la acción.

Aquí efectivamente se ha dado un paso decisivo para apreciar en justicia las acciones que resultan a partir de una necesidad. La dogmática imperante se encuentra petrificada: si juzga dicha acción en cuanto *antijurídica*, entonces hará justicia, en efecto, al resultado que sobreviene, pues lo que sucede frente al niño concebido y no nacido, al náufrago Y, así como a la persona gravemente herida, constituyen vulneraciones de bienes jurídicos, para las cuales no existe justificación alguna; pero esta valoración no hace justicia a quienes actúan –la mujer en estado de gravidez, el náufrago X y el médico jefe–, pues, si bien el orden jurídico y la ciencia del derecho penal no pueden decir lo que es correcto aquí, no se puede elevar a los actores un reproche por la manera como procedieron. Si pese a esto se dice que las acciones correspondientes son *jurídicas*, entonces se responde satisfactoriamente a quienes actúan, pero las consecuencias de la acción serán juzgadas de manera incorrecta, puesto que se trata, como ya se dijo, de vulneraciones de bienes protegidos por el derecho, que no están contempladas en el orden jurídico. La solución acertada tan sólo puede ser hallada si ambas concepciones –el modelo de la antijuridicidad y el modelo de la juridicidad– se apartan un paso de su posición inflexible.

---

7 W. Maihofer. "Der Unrechtsvorwurf; Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre", en *Festschrift für Theodor Rittler*, 1957, pp. 141 y ss., especialmente 161 y ss.

Ha de pensarse, con todo, que en el ámbito de tales casos de necesidad *no es posible* una *generalización*, esto es, no existen *reglas válidas en forma general*, que establezcan: así debe actuar "cada cual". No se puede decir, desde luego, que cada mujer debe decidir así, como se decidió la mujer en la octava semana de embarazo a practicar el aborto. Con relación al náufrago *X* tampoco se puede decir: fue correcto, así han de comportarse todos en una situación tal. E incluso respecto de la acción del médico jefe, quien asumió el papel de destino (tuvo que asumirlo) no es posible decir que su decisión concreta fuese generalizable en el sentido que en todas las situaciones de ese tipo se tuviese que salvar a esta determinada persona herida y dejar morir, precisamente, a la otra.

Con la doctrina sobre la distinción entre *acción y resultado no valorados* es posible obtener una solución satisfactoria para nuestros casos. La doctrina adolece, sin embargo, todavía de un pequeño defecto. No se ve con claridad cómo puedan ser juzgadas acciones que muestran, en efecto, un resultado no valorado, mas no una acción no valorada: ¿son jurídicas o antijurídicas, o ninguna de las dos lo es, y, entonces, qué son? (de esto dependen algunas cuestiones, *v. gr.*, si la legítima defensa es permitida en casos por el estilo)[8].

V. EL TERCER CAMINO: NO PROHIBIDO-NO PERMITIDO

Con la doctrina del espacio libre de derecho ya no subsiste tal falta de claridad. Esta recorre un *tercer camino*. La categoría *no prohibido* tiene su ubicación sistemática "entre" la juridicidad y la antijuridicidad (al margen es necesario advertir que acciones no prohibidas en relación con la legítima defensa, el auxilio necesario, la participación, la tentativa y otras, han de juzgarse como acciones conforme a derecho)[9].

Contra la doctrina del espacio libre de derecho algunos objetan que entre "juridicidad" y "antijuridicidad" no puede existir, de acuerdo con el

8 Sobre la distinción entre acción y resultado no valorados ver el muy informativo y equilibrado ensayo de D. Krauß. "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", en *ZStW* 76 (1964), pp. 19 y ss.

9 En detalle sobre este tema A. Kaufmann. "Rechtsfreier Raum" (nota 1), especialmente pp. 151 y ss.

principio del tercero excluido, un ámbito de lo "no prohibido", pues se trataría de un opuesto contradictorio. No necesitamos detenernos largo tiempo en esta cuestión, por una parte, porque el *tertium non datur* no rige en la lógica normativa (deóntica) de la misma manera que lo hace en la lógica óntica (el *non* en el ámbito de las valoraciones no corresponde en todas partes al *non* del lenguaje corriente). En segundo lugar y, ante todo, por cuanto, y esto permitiría esclarecer a cualquiera, respecto de las valoraciones "jurídico" y "antijurídico" precisamente existe también una tercera posibilidad: *el abstenerse de valorar*. *Cuando* se valora, esto sucede conforme a la medida de categorías "jurídico-antijurídico", pero *no se tiene* que valorar. No subsiste una disyunción excluyente, un *aut-aut*. Quien aún no está convencido que lea el tratado de Kant: "Intento de introducir el concepto de la medida negativa en la sabiduría del mundo", 1763 (Kant expone que el defecto de *X* no es el mismo que el de *non-X*).

Arriba se indicó que la denominación "espacio libre de derecho" es precaria; sería posible considerarla como el motivo principal de que esta doctrina sea, con frecuencia, mal entendida. Correctamente tendría que llamarse espacio libre de *valoración* jurídica. Tampoco el término "no prohibido" satisface acertadamente lo pensado. Apropiado sería hablar de *no prohibido-no permitido*, lo cual no quiere decir que "no prohibido" signifique "jurídico" y "no permitido" equivalga a "antijurídico". Lothar Philipps se pronuncia muy atinadamente al respecto: "El espacio libre de derecho constituye el ámbito normativo de lo no prohibido para lo que, sin embargo, no es posible inferir una autorización o –equivalentemente– el ámbito de lo no permitido que no está, así mismo, autorizado"[10].

---

10 L. Philipps. "Sinn und Struktur der Normlogik", en *ARSP* 53 (1966), pp. 195 y ss., especialmente 205. En las páginas 204 y ss. emprende Philipps el interesante intento de resolver el problema de la esfera libre de derecho por medio del cálculo lógico "intuicionista" (en donde el "intuicionismo" se caracteriza por una determinada dirección de la lógica formal y no tiene nada que ver con "intuición" en el sentido común). No menos interesante es la demostración de I. Tammelo, respecto a que el espacio libre de derecho puede ser explicado y fundamentado sin el principio intuicionista, con ayuda de las reglas operativas de la lógica moderna: *Outlines of modern Legal Logic*, 1969, pp. 86 y ss.

La doctrina del espacio libre de derecho es propia de un *orden jurídico libre* que en casos trágicos de necesidad y de conflictos prescinde de toda valoración, en lugar de realizar una regulación que luego sólo será percibida como el nudo gordiano de una espada violentamente cortante, pero que jamás podría llegar a convencer. Wilhelm Gallas mostró, en forma muy aguda, que las acciones de participación en un suicidio pueden ser juzgadas de manera satisfactoria si el suicidio no se trata ni como antijurídico ni en cuanto jurídico, sino en tanto no prohibido-no permitido[11].

Espacio libre de derecho significa que el orden jurídico renuncia a valorar la conducta respectiva. Quien actúa es responsable por sí mismo del grado de corrección de su actuación.

VI. CONSECUENCIAS: SUPERACIÓN DE CONTRADICCIONES VALORATIVAS, PRINCIPIO DE LA PROPIA RESPONSABILIDAD, TOLERANCIA

La ley garantiza libertad en materia punitiva tan sólo dentro de determinados marcos; no dice si algo es correcto o incorrecto. Si a quien aborta *le está permitido* hacer lo que hace es algo que tiene que decidir él mismo, de acuerdo con su conciencia, con su religión, con sus representaciones sobre moral. La ley tolera su decisión, sea la que sea. Aquí existe un gran marco de acción, precisamente para las iglesias. Si hoy las iglesias no pueden llegarles a muchos de sus miembros, incluso a la mayoría, no puede, entonces, el Estado punitivo sustituirlas como "suple faltas", tanto más cuanto las amenazas penales son poco apropiadas para configurar la conciencia. Los técnicos han llamado una y otra vez la atención respecto de la carencia de efectividad de determinaciones legales de esa índole. Si en uno de los Estados de la federación se dificulta el aborto, las mujeres decididas a la interrupción de su embarazo no adquieren, por esta razón, un mayor remordimiento de conciencia, más bien, se van a otro Estado o al extranjero.

---

11 W. Gallas. "Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung", en *JZ* 1960, pp. 649 y ss., especialmente 686 y ss. El suicidio está "regulado jurídicamente", en la medida en que no es posible que actor y víctima de un delito de homicidio sea la misma persona.

Si el orden jurídico se abstiene de cualquier valoración respecto a la interrupción no sancionada del embarazo (y de casos equivalentes) *cesa*, *luego*, *la particularmente delicada discrepancia entre derecho y moral*. Esta tolerancia frente a distintos puntos de vista, religiosos, morales, ideológicos; crea la posibilidad de que diferentes posiciones se puedan poner de acuerdo en una solución intermedia. Para esto han de abandonar, no obstante, su postura extrema. Quien levanta barricadas fundamentalistas no contribuye en absoluto a la mejoría de las relaciones.

El camino descrito aquí tiene que ser apto tanto para un conservador cristiano como para un libre pensador ateo. El modelo "no prohibido-no permitido", evidentemente, no coincide con la doctrina de la Iglesia católica (que pretende una prohibición más amplia). Con tal modelo, a diferencia de lo que sucede con la "juridicidad", se evita una contradicción manifiesta con las concepciones de las iglesias. De otra parte, los librepensadores (que desean que la interrupción del embarazo no sea sancionada en absoluto) tampoco tienen que resignarse mucho, pues si bien no pueden persistir en su solución de la "juridicidad", los casos más complicados no habrán de ser tildados como antijurídicos. En resumen, a cada una de las posiciones se le concede una parte de razón, cada uno tiene que ceder, igualmente, un poco de su postura (con el modelo de la dogmática imperante, "jurídico-antijurídico", ambas pretenden reclamar para sí la verdad *total*, aun cuando sus concepciones se excluyan contradictoriamente, *aut Caesar aut nihil*). Esto apenas si necesita ser pronunciado, es evidente. Para la realización del modelo "no prohibido-no permitido" se requiere tan sólo un pequeño detalle: *tolerancia*. En primer lugar y, ante todo, tolerancia frente a la *mujer embarazada*, a la que no se puede tildar por decidir de manera diferente a lo que uno mismo crea correcto. Pero también es necesaria la tolerancia frente al *niño concebido y no nacido*, que tiene un derecho a la vida. Finalmente, se debe ejercer, así mismo, tolerancia frente a *los partidarios y a los enemigos del aborto*. Jamás se podrán colocar todos en forma satisfactoria bajo una misma postura. *Pero actuar responsablemente significa que todos estos puntos de vista han de ser tenidos en cuenta seriamente para la decisión*.

Se tiene que hacer frente a la objeción de que la doctrina del espacio libre de derecho es la expresión de un relativismo sin frontera, que por debilidad no puede penetrar más en las valoraciones. Eso no es así en

absoluto. Esta doctrina sirve a un fin positivo. Está dirigida al ideal de una sociedad tolerante, pluralista, de riesgo, esto es, a la forma de sociedad que tenemos que ambicionar, pues ella responde a las realidades actuales. Nuestra sociedad se caracteriza por ser de gran complejidad, en ella, con frecuencia, se tiene que actuar bajo riesgo, pues no se sabe de antemano lo que es o no correcto. Si se pretendiese llamar a responder por acciones de alto riesgo, como las que tienen lugar en el ámbito de la investigación genética, puesto que con posterioridad resulta que eran el camino equivocado, entonces se paralizaría toda iniciativa en esa dirección. Por consiguiente, en tales sociedades la *tolerancia* representa uno de los más importantes principios éticos que, indudablemente, siempre tiene que estar en estrecha relación con el *principio de responsabilidad*. Tolerancia requiere el *ciudadano mayor de edad* que sabe decidir en libertad responsablemente (con detalle sobre esto en el capítulo XX).

Se dice que el ciudadano mayor de edad, que el cristiano mayor de edad es tan sólo una utopía, y que, con ello, también la doctrina del espacio libre de derecho representa una utopía. Esto es posible. La cuestión es si ésta es una utopía alucinante y abstracta o una utopía concreta, reforzada por la realidad, si es una quimera o la realidad del mañana.

VII. CONCLUSIÓN

Quizá cause admiración que aquí se trate a profundidad una doctrina que en la ciencia –para no hablar de la práctica– tiene sin duda un carácter marginal, que nunca ha sido la doctrina dominante. Esto obedece a varias razones. De una parte, se muestra muy gráficamente que la filosofía del derecho y la práctica jurídica no están en absoluto junto una de la otra sin rozarse. La filosofía del derecho puede contribuir en gran medida a la superación de tales problemas (jurídicos) siempre y cuando no se practique sin contenidos, como es usual infortunadamente hoy por hoy. Esta materia es, además, muy apropiada para el ejercicio del pensamiento filosófico. Fuera de ello y principalmente el examen minucioso de la doctrina de la esfera libre de derecho puede aportar algunas luces en otros ámbitos: libertad, democracia, relativismo, pluralismo, responsabilidad propia, tolerancia. Precisamente respecto de tales cuestiones se mantiene a salvo la doctrina

del espacio libre de derecho; allí muestra ella su pertinencia (esto se ampliará en el capítulo XX). Una última razón. En el prólogo comenté que tuve que desechar el plan de escribir un libro sobre el tema "El principio de tolerancia. Filosofía del derecho en una sociedad pluralista de riesgo". En la nueva edición del presente libro, en algunos pasajes, al menos, quisiera indicar sobre qué habría de tratar el libro planeado. La doctrina del espacio libre de derecho es un ejemplo clásico de cómo ha de ser configurado el derecho en una sociedad de riesgo pluralista, tolerante.

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

Postulado de la libertad

I. LITERATURA

Sobre el tema de la "libertad" se podría incluir un voluminoso catálogo de escritos especializados. Incluso una literatura en relación con lo iusfilosófico y penal sería extensa. Por esta circunstancia me limito aquí a unos pocos títulos, que permiten una primera aproximación a la materia y pueden así resultar útiles.

Barth, H. *Augustin und das paulinische Freiheitsproblem*, 2ª ed., 1965; Böckenförde, W. *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978; Dreher, E. *Willensfreiheit; Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, 1987; Engisch, K. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., 1970; Garaudy, R. *Die Freiheit als philosophische und historische Kategorie* (del francés), 1959; Griffel, A. "Willensfreiheit und Strafrecht", en *GA* 143 (1996), pp. 457 y ss.; Hartmann, N. *Ethik*, 3ª ed., 1949, pp. 621 y ss.: "Das Problem der Willensfreiheit"; Hegel, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, en especial §§ 1-33, 182-188, 256-270; Horkheimer, M./K. Rahner/C. F. v. Weizsäcker. *Über die Freiheit*, 1965; Jonas, H. *Agustin und das paulinische Freiheitsproblem*, 2ª ed., 1965; Kant, I. *Metaphysik der Sitten*, 1797, en especial "Einleitung in die Rechtslehre" y §§ 41, 42; Kaufmann, A. "Strafrecht und Freiheit", en *Fundamenta Psychiatrica; Psychiatrie in Theorie und Praxis*, 3, 1988, pp. 146 y ss.; Kersting, W. *Wohlgeordnete Freiheit*; *I. Kants Rechts und Staatsphilosophie*, 1984; Krings, H. *System und Freiheit; Gesammelte Aufsätze*, 1980; Luther, M. *Von der Freiheit eines Christenmenschen*, 1520; Müller, A. *Das Verhältnis von rechtlicher Freiheit und sittlicher Autonomie in Kants Metaphysik der Sitten*, 1996; Pothast, U. *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise; Zu einigen Lehrstücken aus der neueren Geschichte von Philosophie und Recht*, 1980; Radbruch, G. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, pp. 63 y ss. (sobre el problema de la voluntad libre) = GRGA, T. 2, 1993, pp. 75 y ss.; Riedel, M. *Natur und Freiheit in Hegels Rechtsphilosophie*, Vol. 2, 1974; Ritter, J. *Hegel und die französische Revolution*, 1957; Schild, W. *Schuld und Unfreiheit*, 1996; Tomás de Aquino. *Die menschliche Willensfreiheit; Texte zur thomistischen Freiheitslehre*, 1954; van der Ven, J. J. M. "Freiheit und Person", en Philipps. L./H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum, 65. Geburtstag, 1989, pp. 15 ss.

II. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Justicia social, derechos humanos, dignidad humana, pero también responsabilidad y culpabilidad, tienen su origen en la libertad del hombre. Esta libertad significa ante todo la libertad exterior en tanto ausencia de presiones o condiciones, la *libertad en sentido negativo*, como la llama Kant. Como "libertad de" será garantizada, en primer lugar, mediante los derechos humanos y los derechos y libertades fundamentales. Esta libertad frente a determinadas causas del mundo sensorial permanecería, empero, suspendida en el vacío si no tuviese su fundamento en *la libertad en sentido positivo*, en la "libertad para". Constituye, siguiendo una vez más a Kant, la *autonomía*

de la razón pura práctica, que legisla originariamente y es, por ende, causa determinante –luego libre– de la voluntad. La ley de la moralidad es el fundamento supremo de determinación, lo es en cuanto imperativo categórico experimentado, un deber ser incondicional.

No se puede aquí tratar de probar efectivamente la existencia o la no existencia de la libertad positiva. Si hay algo que la discusión sobre el problema de la libertad durante siglos, incluso milenios, ha demostrado es que ni la libertad ni la falta de libertad se pueden probar de manera rigurosa. Es, en fin, una cuestión de *decisión* sobre cómo deseamos observar a los hombres, si en cuanto criaturas libres o desposeídas de libertad, y si deseamos colocar como fundamento del derecho, especialmente del derecho penal, la hipótesis de un hombre autónomo o la de un hombre heterónomo. No es posible, claro está, tomar tal decisión de manera arbitraria, deben existir en cualquier caso *motivos razonables*. En lo que sigue se considerará, por tanto, "únicamente" la pregunta sobre si es posible justificar, a partir de la razón, que el "hombre en el derecho" se postule libre, más exactamente: ¿en cuáles aspectos y hasta qué medida podemos pensarlo como una persona libre? Sea cual fuere la respuesta, no es posible eliminar el postulado que "subyace" teniéndolo por refutado. Existen, sin duda, motivos razonables a favor de la tesis de la existencia de la libertad, así como en pro de la tesis de la no existencia de la libertad. ¿Cómo así? ¿No se tiene que decir que el hombre es libre, o bien, no lo es –*tertium non datur*–? Esta consecuencia resulta, de hecho, cuando se concibe la *libertad*, en el sentido del debate sobre el determinismo-indeterminismo, a manera de *estar alejado de cualquier determinación*, como total libertinaje, y la *ausencia de libertad*, respectivamente, en forma de *completa atadura*, sin apenas un viso de autonomía. Según parece es una contradicción, que no admite un tercero. La formulación del problema es, sin duda, equivocada. Con la distinción "libre-no libre" *no* estamos delante de una *contradicción* o bien ante una *disyunción que excluye* (*aut-aut*) sino en presencia de una *disyunción que no excluye* (comparar arriba p. 146), que admite un tercero o punto medio (no sólo… sino también; más o menos). Aunque no lo hemos explicitado, la libertad en cuanto autonomía, en el sentido de una "libertad de acción, según el principio", acerca de la cual no hemos dado aún explicación, no excluye una determinación, por el contrario *presupone la determinación*.

En las ciencias de la naturaleza se sabe, desde los tiempos más remotos, que las cosas se pueden contemplar algunas veces así, otras, de manera diferente, dependiendo del aspecto o del método de observación (por ejemplo, el electrón, que de acuerdo con el tipo de acceso aparece, en ocasiones, a manera de *corpusculum* y, en otras, como onda). Es bien sabido, además, que el objeto de la observación o el objeto del conocimiento puede transformarse en virtud de la observación (conocimiento) ("relación de indeterminación"). Si esto es así en las ciencias de la naturaleza, en las que se trata de objetos materiales, con mayor razón en las ciencias del espíritu y en la filosofía, que tienen que ver, principalmente, con fenómenos inmateriales. Quien ha leído los capítulos anteriores del presente libro, en especial las explicaciones sobre la hermenéutica, sabe que el conocimiento no reproduce sencillamente, sino que produce configurando. La ley (de derecho) no es la misma luego de la interpretación (e incluso la mera aplicación constituye también interpretación; el intérprete tampoco es el mismo). Por supuesto, el tenor literal de la ley es aún el mismo; su contenido, no obstante, se ha transformado. Eso que crece en la ley por medio de su continua interpretación (en razón de su adaptación sin fin a las nuevas circunstancias) no proviene del legislador, sino del cerebro de los intérpretes: la ley es más inteligente que el legislador. Esto no es, desde luego, inofensivo, pero puede ser subsanado únicamente si el lenguaje de la ley utiliza exclusivamente conceptos unívocos. Mas sólo los conceptos numéricos son realmente unívocos; ellos cumplen, por lo demás, un papel reducido en una ciencia normativa que valora, como la ciencia jurídica (muy a pesar de los *fans* del computador). Una ley unívoca, en la que no hay nada que "interpretar", no sería en absoluto el caso ideal, pues perdería actualidad en un instante, precisamente porque no admite ninguna interpretación y, por tanto, ninguna innovación. Tan sólo por medio de la aplicación permanente, o mejor, mediante la inter-pretación "cobra vida" el derecho (particularmente a este respecto se habla de "historicidad" del derecho). Casi todas las grandes leyes de nuestro ámbito de influencia jurídica: BGB, StGB, ZPO, StPO, HGB... [Código Civil, Código Penal, Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código Comercial] tienen más de cien años; ciertamente han sido enmendadas una y otra vez en cuestiones particulares; la substancia, empero, sigue siendo la misma. Goethe, quien

se doctoró en derecho, naturalmente lo comprendió: "¡En la exégesis debeis ser animosos, si el texto no lo da, poned algo vosotros!" (en las *Zahmen Xenien*).

Mejor que los juristas (quienes parece que pueden fundamentar cualquier punto de vista) los teólogos comprenden ese "otorgar otro sentido". Ellos son intérpretes *par excellence* (el creador de la moderna hermenéutica, Friedrich Ernst Daniel Schleiermacher, era también teólogo). ¿Qué es lo que no han inferido los teólogos de la Biblia? También la interpretación bíblica tiene que ver, ante todo, con un problema del lenguaje. Muchas expresiones en la Biblia son muy indeterminadas, equívocas y, en ocasiones, abstractas. El lenguaje bíblico es, incluso, menos unívoco que el lenguaje de la ley. Es un lenguaje fuertemente analógico. Jesús se expresaba, como es conocido, por medio de parábolas. Merece especial consideración que el legislador moderno se sirve igualmente, cada día más y más, de un lenguaje analógico, esto es, del así llamado "método ejemplificante", precisamente en el ámbito del derecho penal (un ejemplo de ello es el caso, bastante difícil, del hurto según el § 243 StGB). A los conceptos indeterminados es posible "otorgarles", con mayor frecuencia, "otro significado"; pese a esto, algo heterogéneo no logra su objetivo de esta forma, pues los intérpretes bíblicos declaran el resultado de la interpretación como una metáfora gráfica que no pone en evidencia los hechos. Recientemente, valiéndose de esto, han logrado que inclusive la teoría de la evolución, expuesta por Darwin, se presente como conforme a la Biblia, justamente porque la historia de la creación es, así mismo, sólo una "imagen" y no un libro de ciencias naturales. No hay nada que objetar contra un lenguaje tal, pues sin representaciones un lenguaje carecería de flexibilidad y de figuración. A veces una imagen, una metáfora, un símil, especifican la situación pensada, inclusive en forma más precisa que un concepto. Pero se tiene que saber mucho del lenguaje si no se quiere que la manera de hablar figurativa degenere en arbitrariedad (ver arriba, capítulo VIII).

Retomemos una vez más el electrón. Los físicos dicen que el electrón se puede comprender, según las circunstancias, en tanto *corpusculum* y en cuanto onda, pese a que ambos son propiamente opuestos. Lo correspondiente se conoce igualmente en la filosofía y en el derecho. En el presente libro aparece repetidamente que dos (o incluso más) afirmaciones divergentes sobre el mismo objeto pueden ser *ambas* "verdaderas" o "correctas"

(hablo mejor de "acertadas", "plausibles", "defendibles" que de "verdaderas" o "correctas"). La "pura objetividad" del conocimiento es un sueño que han agotado ya casi todas la ciencias modernas (sobre esto hablamos detalladamente en las pp. 99 y s.). Visto así, el planteamiento del problema en relación con la cuestión de la libertad toma un cariz distinto. No se trata de la alternativa: *o bien* la ausencia de toda determinación *o bien* la total determinación (nada más), sino: puesto que el hombre real es para la conciencia natural un ente libre *y* no libre, nos preguntamos dónde y hasta qué punto tiene sentido postular su no libertad. Que pese a su determinación el hombre pueda ser libre es (lógicamente), posible, porque libertad no es el opuesto contradictorio del estado de determinación.

Tomemos un ejemplo muy gráfico y, a un mismo tiempo, muy significativo: en el derecho penal alemán existe desde 1933 la llamada "doble vía" de las "penas" y las "medidas" (no se trata aquí de ideología nacionalsocialista). Con la pena se trata, así se dice hoy con agrado, de "culpa compensatoria" (antes se hablaba, sin más ni más, de "venganza"; comparar arriba pp. 305 y s.); se castiga porque el autor se hizo culpable, por tanto en razón de un motivo que se halla en el pasado (*quia peccatum est*). La medida (por ejemplo, el colocar en un establecimiento de reclusión) se orienta, por el contrario, hacia el futuro, es útil para evitar los crímenes, para la prevención (*ne peccetur*); el autor, según parece, no será "castigado" sino "tratado". Esto no significa que *o bien* se imponga un castigo *o bien* se coloque una medida; sino que la instancia judicial competente puede ordenar *ambos*, uno junto al otro o, en dado caso, uno detrás del otro (con lo cual en la ejecución puede tener lugar una deducción, llamada *Vikariierung*). Contra esta "doble vía" se objetó y se sigue objetando, una y otra vez, que en la práctica puede tener mucho sentido, pero lógicamente representa algo así como la cuadratura del círculo. Pues o el autor es libre, y por ende castigo *en razón* de la culpabilidad, o no es libre, y entonces una medida independiente de la culpabilidad, *con motivo* del hecho punible. Pero el hombre, ya se dijo, es libre *y* no es libre, de tal manera que no significa en absoluto una contradicción cuando, en relación con la pregunta sobre *la culpabilidad*, donde se trata de lo inteligible, de lo no sensible, de la *capacidad mental*, sea juzgado en tanto personalidad libre, apta para asumir responsabilidad e incurrir en culpabilidad. Por el contrario, respecto del asunto de la *medida*

(donde se trata de la determinación en virtud de *predisposición* y *medio ambiente*) sea considerado como carente de libertad (manipulable causalmente) y, por consiguiente, sólo pueda ser "tratado", "sometido a terapia". Si la libertad fuese la carencia de cualquier determinación y la falta de libertad la completa determinación, entonces "la solución de la doble vía" sería lógicamente imposible. Pero no es la solución de la doble vía, con su síntesis entre castigo por la culpabilidad y medida independiente de la culpabilidad, la que contradice los hechos y la lógica; lo hace más bien la solución de la vía única, pues ella escinde lo que se encuentra estrechamente unido[1].

Hasta aquí es probable que el lector nos acompañe a grandes rasgos. Hace tiempo, sin embargo, tiene en mente la pregunta sobre cómo se *puede descubrir*, sin mayor arbitrariedad, que aquí se tiene que postular libertad y allí carencia de libertad. En este punto se pone de manifiesto que la libertad es, en gran medida, un *problema de conocimiento.* Muchos sostienen que un conocimiento más o menos seguro de la libertad no es posible. Esto es, efectivamente, así. En virtud de este descubrimiento los filósofos pueden insistir en el estado de silencio; si, siguiendo la recomendación de Wittgenstein, ha de callarse respecto de aquello sobre lo que no se puede hablar (*Tractatus* 6.54).

Al jurista, entre tanto, ante todo al juez, al juez penal, no le es permitido callar, él tiene que condenar a hombres y en esa medida hacer lo que los filósofos consideran imposible. Es probable pensar que los juristas, en especial los letrados, desde tiempos inmemoriales se rompen la cabeza para encontrar una manera de aligerar la carga que sobre ellos recae. Existen innumerables intentos. El más cercano fue y es que, en relación con la pregunta sobre la culpabilidad, y principalmente respecto a la imputabilidad (§§ 20, 21 StGB), se dice que no se trata de "libertad de la voluntad" en el sentido filosófico (si efectivamente no se trata de la "libertad de la voluntad" es, empero, por otras razones). Se le concede pues un nombre diferente a la

---

1 Es sorprendente que en un Estado moderno como Japón no existan medidas de mejoramiento y de aseguramiento; ver H. Katoh. "Behandlung des geistig gestörten Täters; Vergleiche zwischen der japanischen und deutschen Rechtspraxis", en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 163 y ss.

criatura, se habla, *v. gr.*, de *posibilidad de motivación normal*. Mas cuando se quiere saber cómo se distingue la "motivación normal" de la libertad "en sentido filosófico" y, por sobre todo, cómo se *establece*, no se obtiene una respuesta convincente. No hay así ningún motivo plausible que explique por qué no se ha de acudir a la libertad y a la responsabilidad en materia de imputabilidad penal.

A continuación se expondrá la doctrina de Kant sobre la libertad, pues me parece que hasta hoy no se ha dicho nada más profundo ni esclarecedor sobre este problema (Schopenhauer la llamó "la más grande de todas las creaciones del profundo sentido humano"). En el acápite que sigue se intentará indicar, además, el trayecto mental que recorre el juez (el juez penal) cuando desea imputar culpabilidad. (En relación con mi propia competencia, quisiera anotar que he sido juez penal de profesión durante toda una serie de años y, en efecto, juez en uno de los Estados federados, esto es, en asuntos de criminalidad peligrosa y la más peligrosa; y, por tanto, sé muy bien de qué estoy hablando).

III. KANT: LIBERTAD EN TANTO IDEA TRASCENDENTAL

Hace algunos años Ulrich Pothast escribió un valioso libro con el muy llamativo título: *La insuficiencia de la prueba de la libertad*[2]. Mucho de lo que allí se encuentra convence. Uno se inclina a concederle la razón a Pothast en que no es posible probar la libertad de la misma manera que se pueden probar los hechos. Queda latente, sin embargo, un sentimiento de insatisfacción. Se echa de menos el segundo tomo: "La insuficiencia de la prueba sobre la inexistencia de la libertad".

Es probable que Eduard Dreher haya escrito su muy extenso tratado sobre *La libertad de la voluntad*[3] por causa de tal desazón. Pues en el fondo le interesa probar que los argumentos de los deterministas no son

---

2 U. Pothast. *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise; Zu einigen Lehrstücken aus der neueren Geschichte von Philosophie und Recht*, 1980.

3 E. Dreher. *Willensfreiheit; Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, 1987.

obligatorios, y esto se apunta a su favor. Sólo que no se puede decir que con esto haya logrado la prueba de la voluntad libre.

La situación parece ser, en consecuencia, la siguiente: si se plantea la hipótesis de que el hombre no es libre, entonces el indeterminismo no tiene ninguna posibilidad. Si se parte, por el contrario, de la hipótesis de la libertad, en tal caso se viene abajo el determinismo. Ahora, para la formulación de hipótesis existe una regla de carga de la prueba: se debe asumir la carga de la prueba para una hipótesis que contradiga la conciencia natural. ¿Qué hipótesis se encuentra, pues, bajo la "sospecha" de contradecir la conciencia natural? Karl Engisch piensa que la "sospecha" se inclina a favor del determinismo[4]. Esto parece plausible en muchas situaciones. Por lo demás, hay así mismo otras situaciones –y estas no son menos numerosas– en las que se "sospecha" ser libre. Se tiene que decir, por tanto, que la sospecha no propende ni a favor del determinismo ni en pro del indeterminismo.

Con respecto a la discusión sobre la libertad, suscitó mucha confusión el término libertad de la voluntad[5]. Esto se remonta hasta San Agustín, quien entendió la libertad en tanto "voluntad de elección" (*liberum arbitrium*), esto es, en cuanto *libertad de elegir* en el sentido de la capacidad de decidir, en una situación dada, en total libertad a favor de una u otra cosa[6]. Exactamente así concibió Tomás de Aquino, en cuanto esencia de la libertad, el que uno pueda "elegir" a discreción[7]. Esta es la concepción indeterminista

---

4 K. Engisch. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., 1970, pp. 38 y ss.

5 El "indeterminismo trascendental" de Kant y su "teoría de los dos mundos" me sirvieron de apoyo para pronunciarme en mi libro *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949 (reimpr. 1985, allí pp. 102 y ss. sobre "El problema de la libertad de la voluntad") y para decir: "determinismo e indeterminismo no son doctrinas distintas, tan sólo diferentes puntos de vista, bajo los cuales examinamos lo que sucede". Esto no corresponde exactamente a la doctrina de Kant; además, no se debe hablar acá de "libertad de la voluntad" e, incluso, tampoco de "determinismo" e "indeterminismo", pero en esencia puedo mantener firme esta posición asumida con anterioridad.

6 San Agustín. *De libero arbitrio*, *passim*.

7 Tomás de Aquino. *Summa Theologica* I, 83, 1 y ss.

de la libertad. Es una libertad *en sentido meramente negativo*: una voluntad sin causa, sin motivo. Leibniz la reconoció y la criticó en razón de su "indiscernibilidad"[8]. Es, propiamente, una forma de no libertad. Y para tal "libertad-arbitrariedad" vale, de hecho, que no es posible probarla y que a favor de su existencia no existe el menor indicio natural. Igualmente, allí donde existe la libre elección, ella es siempre *motivada* y no una opción sin fundamentación. Al menos en esto tiene razón el determinismo.

Pero ante todo: libertad en sentido negativo, esto es libertad desprendida de toda causa y con base en el mero arbitrio, carece de cualquier sentido. Significaría la completa falta de relación, el desapego total, el aislamiento, la soledad, el alejamiento del mundo. Tal libertad absoluta ("absoluta" entendido literalmente) sería total y completamente indeterminada y nula, de la misma forma que excluiría el comportamiento moral, la responsabilidad y la culpabilidad *a limine*. No llamamos hombre libre a aquel que, en todas las ocasiones, dice solamente: podría, si quisiera, tanto esto como aquello, y que por consiguiente, en la incapacidad de decisión sobre las posibilidades a discreción, se convierte en juguete del destino. Llamamos hombre libre a aquel que en *virtud de su razón* decide en forma reflexiva. Libertad es *libertad para la autodeterminación autorresponsable*, es *autonomía*.

En este sentido desarrolló Kant la libertad a partir del concepto de autonomía (y por ello no la interpretó en tanto un *factum*, como un objeto reconocible). Que el mundo natural esté sometido a las leyes de la naturaleza

---

8 G.W. Leibniz. *Die Theodizee: Von der Güte Gottes, der Freiheit des Menschen und dem Ursprung des Übels*, 1710, I, B, pp. 44 y ss. Esto también en C. Roxin. "Das Schuldprinzip im Wandel", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 519 y ss. Cuando él dice que el derecho penal puede poner en duda la libertad de la voluntad no tengo nada *en contra* que objetar. La "libertad de la voluntad", "la libertad en sentido negativo", el *liberum arbitrium*, la "indeterminación" y, con ello, la "voluntad sin motivación", ni me interesan, ni le interesan, de hecho, al derecho penal. Pero sí la libertad en cuanto no entendida en forma indeterminada. La concepción que critica Roxin jamás la he sostenido; comparar *Das Unrechtsbewusstsein* (nota 5); "Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht", en *JZ* 1967, pp. 553 y ss., especialmente 560; "Strafrecht und Freiheit", en *Fundamenta Psychiatrica; Psychiatrie in Theorie und Praxis* 3 (1988), pp. 146 y ss.

y que el hombre forme parte de tal mundo natural no lo niega Kant en absoluto, justamente lo presupone. Pero el hombre se encuentra también en un mundo espiritual, inteligible, en el que no domina la ley de la naturaleza y que posibilita la acción desde la autodeterminación y desde la autonomía ("teoría de los dos mundos"). El hombre está a un mismo tiempo condicionado e incondicionado, es un ser contingente e incontingente, un *phainomenon* y un *noumenon*. No obstante, Kant no declara todo obrar humano como un obrar a partir de la libertad. La pertenencia al mundo inteligible fundamenta ciertamente para los hombres la posibilidad de arbitrio, es decir, hacer o dejar de hacer a discreción. Pero una acción no se puede señalar como libre en virtud de dicha facultad. Tal rasgo sólo puede originarse en el uso de la *razón*. "Todas las disposiciones naturales de una criatura", dice Kant, "están determinadas para desenvolverse alguna vez en forma completa y adecuada"[9]. El completo desarrollo del hombre en su pertenencia (también) al mundo inteligible no significa solamente actuar según su propio arbitrio, sino "que el hombre puede sacar completamente de sí todo lo que se refiere a la organización mecánica de una existencia animal y no ser más partícipe de felicidad alguna o perfección distinta a la que él mismo se proporciona, mediante su propia razón libre de instinto"[10]. Y en otro pasaje: "La frase [...] 'la voluntad es en todas las acciones una ley para sí misma' designa tan sólo el principio de obrar de acuerdo con ninguna otra máxima diferente que la propia, en tanto ella pueda tener como objeto una ley general. Esta es precisamente la exigencia del imperativo categórico y el principio de la moralidad: *por tanto una voluntad libre y una voluntad bajo la ley de la moralidad son una y la misma cosa*"[11].

Por el momento podemos dejar de lado si Kant no ha realizado un corte demasiado riguroso entre el hombre empírico y el hombre inteligible. Queda abierto, así mismo, si el deber y la inclinación se repugnan de la manera en que lo ha visto Kant. Lo importante es que Kant no entiende la libertad en forma indeterminada y, pues, en tanto voluntad meramente

---

9 Kant. *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, A 389.
10 *Ibid.*, A 390 y s.
11 Kant. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA 99 (el subrayado es mío).

negativa y carente de motivación, como *arbitrio*, *liberum arbitrium*, sino que la fundamenta *positivamente* en la razón práctica, es decir, en cuanto *condición de la moralidad en sentido práctico*[12]. Libertad únicamente puede existir bajo la ley, *tan sólo en el mandato se origina la libertad de obrar*, ella no existe sin el mandato.

Con esto, libertad no es lo que la "Modernidad" entiende como tal, esto es, la posibilidad de opciones discrecionales. Seguramente cuando tengo sólo *una* elección es difícil para mí aceptarla en tanto libre. Pero la libertad no aumenta con el número de opciones, así que quien más opciones a discreción tuviese fuese el más libre. El aumento de las opciones, y con ello el de la contingencia, no lleva en absoluto a un aumento de la libertad. Pese a esto el discurso del "poder-obrar-de otra manera" es concebido la mayoría de las veces así: entre más posibilidades existan de que pueda obrar "de otra manera", más "libre" soy. Que este no sea el punto decisivo, que lo importante no sea la cantidad de las opciones cuanto su calidad, lo ilustra Peter Koslowski valiéndose de un bonito ejemplo: "Cuando en un buen restaurante se examinan los platos de la carta, hay por lo general pocas y buenas viandas; si se va a un mal restaurante, entonces hay muchos platos malos, que no se diferencian considerablemente los unos de los otros, pese a tener distintos nombres. Lo mismo ocurre con los platos de la carta que es ofrecida a la sociedad por la moderna teoría del sistema: un gran aumento de las posibilidades de elección, que permanece ajena al sujeto y no alcanza el centro de su persona ni su identidad"[13]. No se trata de que tenga a mi disposición muchas opciones "indiferentes", sino de si me puedo pronunciar libremente a favor del mandato o en su contra, a favor del bien o del mal, si puedo decidir a mi favor o en mi contra (no tiene nada que ver con la opinión sostenida en varias oportunidades por Hans Welzel[14], el acto de la libertad reside en la superación del instinto que empuja hacia el mal: puedo hacer el bien libremente también a partir de la inclinación).

---

12 Comparar H. Krings. "Freiheit", en *Staatslexikon-Recht*, *Wirschaft*, *Gesellschaft*, T. 2, 7ª ed., 1986, pp. 669 y ss., especialmente 700.
13 P. Koslowski. *Die postmoderne Kultur*, 1987, pp. 63 y ss.
14 H. Welzel. *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 142 y ss.

Desde luego, no es posible probar en forma exacta una libertad así entendida, no es posible documentarla en tal medida que pudiésemos estar completamente seguros de ella. Pero no puede ser de ninguna manera cuestionada *en principio*. Pues la libertad existencial, sobre la que aquí se trata, es, en última instancia, idéntica a la habilitación para la autodeterminación espiritual (el griego llamó a esta libertad *autarkeia*), es idéntica a su capacidad de conocimiento y de voluntad, es idéntica a su ser como persona. Conocimiento, querer, autodeterminación son únicamente posibles sobre la base de libertad espiritual ("inteligible"). Así como no existe prueba segura de que los hombres conocen realmente, quieren, o pueden actuar autónomamente, también es imposible poner en entredicho tal libertad. Incluso el poder cuestionar la libertad presupone libertad. Tan paradójico como pueda sonar: si la doctrina de la total determinación del hombre fuese un conocimiento, tendría que existir libertad espiritual, pues un ente sin libertad no se puede reconocer en su carencia de libertad. La prueba de la libertad es siempre posible de pensar, la prueba de la no libertad es imposible de pensar.

También Kant observó nítidamente que la libertad no se puede conocer teóricamente y menos refutar teóricamente[15]. La *idea trascendental de la libertad*[16] significa que todo lo que sucede tiene una causa, *la representación racional y libre de contradicción de un comienzo que se piense*. "El hombre, en tanto naturaleza racional, y, por ende, perteneciente al mundo inteligible, no puede pensar jamás la causalidad de su propia voluntad de manera distinta que bajo la idea de la libertad; pues la independencia de determinadas causas del mundo de los sentidos (a la que la razón misma en todo tiempo se tiene que adjuntar) es libertad. Con la idea de libertad el concepto de *autonomía* está, pues, inseparablemente unido, y con éste el principio general de la moralidad, el que de hecho sirve de fundamento a todas las acciones de los entes *racionales*, tal como a todos los fenómenos les subyace la ley natural"[17]. De acuerdo con lo anterior Kant distingue la causalidad según dos aspectos: "en cuanto inteligible según su *acción*, *como una cosa en sí misma*, y en cuanto

---

15 Comparar Kant. *Metaphysik der Sitten*, AB 26 y ss.
16 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, B 561.
17 Kant. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA 109.

sensible, según los *efectos* de la misma, como fenómeno del mundo de los sentidos". En el primer aspecto Kant habla de "causalidad por medio de la libertad"[18].

No exactamente en el mismo sentido, pero apoyándose en la concepción "noumenal" de la libertad de Kant, comprende Nicolai Hartmann el acto de la libertad moral, no en tanto una negativa a la determinación causal, sino más bien en su sobredeterminación, es decir, en la *agregación de un propio determinante de tipo especial*, de un determinante que no proviene de la estructura causal del mundo (en cuanto "sensible") sino de la estructura de sentido (en cuanto "inteligible")[19]. O expresado de esta manera: no es la eliminación de cualquier determinación lo que caracteriza a la voluntad moral sino, precisamente, un *plus* de determinación. Las leyes causales permiten muy bien un tal *plus* de determinación, pues ellas no están establecidas de antemano hacia un *telos*, sino que transcurren impasiblemente; por ello precisamente son manejables por quien comprenda su regularidad. No existe ley que indique que a los determinantes causales (en el sentido "sensible") no puedan añadirse otros determinantes ("causalidad por medio de la libertad"); la ley causal tan sólo dice que los sucesos causales no admiten un *minus* de determinación.

IV. EL PROCESO ANALÓGICO PARA LA DEMOSTRACIÓN DE LA LIBERTAD

La aceptación de la libertad en el ámbito de lo inteligible es, sin lugar a dudas, "razonable". La libertad no puede ser, ya lo subrayamos, puesta en tela de juicio de manera general. El problema –particularmente en el derecho penal– es, no obstante, si *ante el caso concreto* el hombre decidió libre y responsablemente, y cómo se puede *constatar* esto. Se ha dicho una y otra vez, sin embargo, que lo importante en relación con la sentencia condenatoria en materia penal no es la comprobación de si el autor obró libremente. En

18 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, B 566.

19 Ver N. Hartmann. *Ethik*, 3ª ed., 1949, pp. 621 y ss., especialmente 649 y s.; del mismo, *Teleologisches Denken*, 1951, pp. 119 y ss.

su refinado estudio sobre el problema de la libertad, Karl Engisch expone la tesis acerca de si la pregunta sobre "si un hombre concreto, ante una situación concreta, hubiese podido actuar de manera distinta a como realmente actuó" tiene que permanecer en suspenso para el derecho penal, pero también puede quedar sin respuesta, pues trae su origen en la culpa referida a carencia de fuerza de voluntad o carácter receloso: esta tiene en última instancia que "asumir el reproche de culpabilidad y hacerse responsable"[20].

¿Cómo se puede hablar, entonces, de un "carácter culpable", cómo se puede decir que el hombre tiene que "asumir las consecuencias" de su propio "ser así" y tiene que "responder" por él[21], cuando no se presupone libertad (desde luego, no en el sentido del *liberum arbitrium*, del discrecional "poder-actuar-de otra manera")? ¡El discurso sobre el asumir las consecuencias de los hechos propios y sobre el tener que responder es exactamente una expresión de libertad! Y, aún más, si se dice que el reproche de culpabilidad y la pena podrían tener mucho sentido y parecer como necesarias, pues "estimulan y determinan el carácter para someterse al derecho", entonces es completamente claro que también aquí el hombre se concibe como libre (en el sentido de "inteligible"). La idea de la resocialización está, justamente, fundamentada en la idea de la libertad, sería impensable sin el optimismo de que es posible activar la fuerza de la autodeterminación responsable y libre, opinión que se encuentra estrechamente ligada a la convicción de que el hombre, en cuanto que no es libre, puede llegar precisamente a serlo[22].

---

20 K. Engisch. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., 1970, p. 52.

21 *Ibid.*, p. 64.

22 En la nueva generación de profesores de derecho penal se puede constatar un claro retroceso en este optimismo y con ello de la idea de resocialización. Esto tiene su origen, no en última instancia, en que se tiene un concepto falso de libertad (discrecionalmente muchas opciones para poder-actuar-de otra manera) y, en consecuencia, tanto la libertad como también la culpabilidad son arrojadas por la borda. Comparar A. Kaufmann. "Unzeitgemässe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht", en *Jura* 1986, pp. 225 y ss.; del mismo, "Schuld und Prävention", en *Festschrift für Rudolf Wassermann*, 1985, pp. 889 y ss. Fundamentalmente he expuesto *mi* doctrina

Otros han dicho que con el carácter "psicológico" del discernimiento y la capacidad de regulación en el sentido de los §§ 20 y 21 StGB (incapacidad de culpabilidad o capacidad de culpabilidad reducida) no se piensa la "libertad de la voluntad" sino algo más sencillo y elemental: *la disposición normal de la motivación*[23]. Sobre esto es posible decir, así mismo, que con tal uso del lenguaje en realidad tan sólo se le otorga un nombre diferente a la libertad (por cierto no pensada en tanto libertad de la voluntad). Pero pasemos mejor a hablar de otro asunto. Decisiva es la cuestión sobre cómo se puede constatar dicha "disposición normal de la motivación" *in concreto*. La respuesta puede ser únicamente la siguiente: la "disposición normal de la motivación" no se puede comprobar de manera distinta a la libertad –entendida como no indeterminada–, esto es, solamente por medio del *procedimiento analógico*[24].

Si deseamos saber cuándo quien ha cometido un delito está en "disposición normal de ser motivado", entonces estaríamos remitidos, en primera instancia, así como sucede también en la ciencia, a nuestra *experiencia*. Ella nos tiene que proporcionar información sobre si un hombre promedio en la situación interna o externa del autor se hubiese comportado tal como él lo hizo o no. La confirmación de la culpabilidad –independientemente de como se entienda– (o responsabilidad) ocurre, por tanto desde siempre, necesariamente *per analogiam*, es decir, el autor es *comparado* con una *construcción* figurada, pues un hombre promedio viviente o un hombre normal no existe. La situación promedio o la normalidad existe siempre tan sólo "en relación con"; y esto significa, en consecuencia, que la determinación de lo que se tiene que entender por "promedio", por "normal", "susceptible de motivación normal", representa un procedimiento analógico. Expresado de otra manera: el hombre promedio que tiene que hacer las veces de patrón para la imputabilidad penal no es un ente abstracto ni

---

sobre la culpabilidad en *Das Schuldprinzip; Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1991 (2ª ed., aumentada, 1976); se sobreentiende que luego de 35 años no veo todo exactamente igual.

23 E. Mezger. *Strafrecht*; *Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, pp. 251 y ss.

24 Kant no admitió, efectivamente, que un procedimiento analógico valiera como "conocimiento", pero se sirvió de él. Comparar en detalle A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982, en especial pp. 22 y ss.

tampoco una realidad concreta. Se trata, más bien, de un *tipo*, y se encuentra como tal con un pie en el mundo de lo sensible y con el otro en el mundo de lo inteligible. Por consiguiente, *jamás* será posible fundamentar la sentencia de culpabilidad exclusivamente en la experiencia. Pero esto no tiene nada que ver ni con indeterminismo ni con metafísica. También quien separa la cuestión de la responsabilidad penal del problema de la "libertad de la voluntad" no puede proceder en forma distinta que construyendo un "hombre normal" a partir de la conducta, conforme a la experiencia, de hombres reales y, luego, nuevamente desde ese modelo pensado, concluir la capacidad de otros hombres reales. Mientras en el derecho penal o en el derecho de las medidas de seguridad se trate al "normal" de manera distinta a como se trata al "no normal", en esta proporción se tendrá que hacer uso de ese procedimiento analógico. Quien no se atreve a extraer esa conclusión tiene que tratar de igual forma al "normal" y al "no normal", esto es, tiene que castigar a cualquiera que haya vulnerado un bien jurídico protegido, independientemente de que de alguna manera eso se le pueda imputar o no. Realmente no se ve cómo se pretende legitimar un derecho penal con esas características.

La conclusión por analogía en torno a la cual gira aquí el discurso no es nada diferente a aquel muy discutido *puente entre ser y deber ser*, o bien *entre deber ser y ser*, que teóricamente siempre ha sido sospechoso pero que en la vida del derecho se ha practicado continuamente. Se sospecha de la analogía, por cuanto no es ni deducción ni inducción sino, como ya lo supo Aristóteles[25], una comunicación entre las dos: precisamente aquel puente que, en lugar de descansar sobre columnas firmes, cuelga elástico entre dos pilones. Los dualistas metódicos lo consideran muy tambaleante. Sobre este puente tenemos, en todo caso, que cruzar así nos dé mareo la travesía.

La conclusión por analogía no conduce nunca efectivamente a juicios apodícticos, seguros, sino que lleva a *juicios problemáticos*. El principio de la libertad y de la culpabilidad tiene un *carácter aporético*. Que un derecho penal fundamentado en el determinismo pudiese valer apodícticamente no se infiere con seguridad de esto; un derecho penal concebido de tal manera

---

25 Aristóteles. *Primeros Analíticos*, II, 24; del mismo, *Retórica* I, 1357b.

requeriría que se pudiesen abarcar todos los determinantes de una acción, lo que sin duda es imposible.

Que la *conclusión por analogía* (sobre ella, arriba, pp. 151 y ss.) sea una conclusión lógica depende del tipo de lógica que se tenga en cuenta. En el sentido de la lógica formal, no lo es. Comparada con la *fuzzy logic*, aparece la conclusión analógica como una lógica más rigurosa. La analogía *no* proporciona, sin embargo, un *conocimiento preciso*. Se tiene que decir, por ende, que la respuesta con relación a la pregunta "libre o no libre" es, al fin y al cabo, una *decisión*, una determinación que para el uso científico tiene que ser *respaldada argumentativamente*. La opinión según la cual en el ámbito del derecho se puede burlar esta decisión significa una piadosa ilusión.

Se ha objetado "que la teoría del derecho penal, a diferencia de lo que sucede con otras ciencias, no puede darse el lujo de problemas fundamentales que no sean claros"[26]. A dicha objeción le subyace ostensiblemente la concepción de que una teoría del derecho penal se basa en problemas claros, bajo todos los aspectos, quizá porque en "caso de duda" se tiene que renunciar a la pena por la culpabilidad a favor del autor del delito. Es preciso decir al respecto que la tesis de que el hombre no es libre por antonomasia es más difícil de explicar que la tesis contraria. Como lo expusimos arriba, una presunción general no se pronuncia ni a favor de que el hombre sea libre, siempre y en todos los aspectos, ni en pro de que no lo sea nunca y bajo ningún aspecto (no hay, en consecuencia, espacio para una decisión "en caso de duda"). El conocimiento que proviene de la experiencia nos dice, no obstante, que el hombre es tanto libre como no libre; en algunas ocasiones, más aquello, en algunas otras, más esto otro. *El problema consiste en saber cuándo y dónde se debe postular razonablemente libertad*, *cuándo y dónde se debe postular razonablemente no libertad*. La regulación de la incapacidad de la culpabilidad así como de la capacidad reducida de

---

26 G. Ellscheid/W. Hassemer. "Strafe ohne Vorwurf; Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung", en *Civitas; Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, T. 9, 1970, pp. 27 y ss. Sobre esto, críticamente, Y. W. Kim. *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips; Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngeren Diskussion zu "Schuld und Prävention"*, 1987; K. Papageorgiou. *Schaden und Strafe*, 1994, pp. 70 y ss.

culpabilidad en los §§ 20 y 21 StGB constituye una postulación razonable de libertad, o bien de no libertad (la ley no habla, por cierto, de "libertad" sino de "culpabilidad"). Merece consideración el hecho de que *no* se dice *positivamente* cuándo *ha* de *tenerse* por *existente* la libertad o la culpabilidad, sino *negativamente* cuándo ha de presumirse la *no existencia* de libertad o de culpabilidad (la primera afirmación es más factible que la segunda; sobre el "principio negativo" comparar arriba, pp. 156, 286, 327 y s., así como abajo, en la p. 505).

Quien piense que una sanción despojada de culpa, responsabilidad y libertad (para la cual no existe magnitud posible de determinar en absoluto y tampoco parcialmente[27]) es más humana, más liberal, más fácil de sobrellevar que el castigo por la culpabilidad, difícilmente se puede apoyar en la experiencia. Con frecuencia sucede lo contrario, pues en una sanción penal el hombre no es considerado como fin en sí mismo (en el internamiento preventivo esto es manifiesto). Todo juez penal podrá dar testimonio de que muchos autores prefieren un bien delimitado castigo por la culpabilidad a una medida de aseguramiento que no esté determinada con precisión en el tiempo y bajo la cual, en ciertas circunstancias, se les obligará incluso a someterse a terapia.

A manera de resumen de todas estas reflexiones se puede constatar que existen suficientes motivos razonables a favor de la postulación de la libertad en la esfera de lo inteligible (y extensos ámbitos del derecho pertenecen a dicha esfera). No nos está permitido retornar a las opiniones anteriores a Kant. *La libertad es una determinación de la razón práctica. En ella se arraigan la autonomía y la dignidad del hombre.*

---

27 El *principio de proporcionalidad* en tanto medida es por sí sólo inoperante, pues es puramente formal y no dice *qué* es lo que debe estar correctamente en relación recíproca; en dónde ha de medirse el castigo, si no en la culpa: ¿en el resultado, en la peligrosidad del autor, en la necesidad de venganza de la comunidad jurídica? Sobre esto más detalladamente A. Kaufmann. "Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz", en G. Warda (Ed.). *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pp. 27 y ss.

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

Guerra y paz

I. LITERATURA

Alt, F. *Frieden ist möglich; Die Politik der Bergpredigt*, 9ª ed., 1983; Baadtke, G./O. Bojens/ O. Buchbender (Eds.). *Friedensstifter; Die Christen zur Abrüstung; Eine Dokumentation*, 1984; Bloch, E. *Widerstand und Friede; Aufsätze zur Politik*, 1968; Ebeling, H. *Rüstung und Selbsterhaltung; Kriegsphilosophie*, 1983; Einstein, A. *Frieden*, 1957; Erdmann, K. D. *Luther über den gerechten und ungerechten Krieg*, 1984; Ethics and Public Policy Center Washington D. C. (Ed.). *Kernwaffen und christliche Moral; Zehn christliche positionen zur Nuklearrüstung*, 1984; Freud, S. "Warum krieg"? (1933), en, del mismo, *Studienausgabe*, Vol. IX, 1982, pp. 271 ss.; Gollwitzer, H. *Die Christen und die Atomwaffen*, 1987; Grewe, G. *Friede durch Recht?*, 1985; Haffke, B. "Kriegsrecht und Strafrecht", en Haft, F. y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 449 ss.; Hattenhauer, H. *Pax et iustitia*, 1983; Höffe, O. *Der Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln; Philosophische Versuche zur Rechts und Staatsethik*, 1988; Jaspers, K. *Die Atombombe und die Zukunft des Menschen*, 1957; del mismo, *Wahrheit*, *Freiheit un Friede*, 1958; Jens, W. (Ed.). *In letzter Stunde; Aufruf zum Frieden*, 1982; Juan XXIII. *Pacem in terris*; encíclica de abril 4 de 1963; Kant, I. *Zum ewigen Frieden; Ein philosophischer Entwurf*, 1ª ed., 1795, 2ª ed., 1796; Kaufmann, A. *Gerechtigkeit der vergessene Weg zum Frieden*, 1986; Klenner, H. "Vom ius ad bellum zum ius *ad pacem*", en Mayer-Maly, D./P. M. Simons (Eds.). *Naturrechtsdenken heute und morgen*; Gedächtnisschrift für René Marcic, 1983, pp. 57 ss.; del mismo, "Kants Entwurf Zum ewigen Frieden Illusion oder Utopie"?, en *ARSP* 82 (1996), pp. 151 ss.; Krockow, Ch. Graf von. *Gewalt für den Frieden?; Die politische Kultur des Konflikts*, 1983; Luther, M. *Ob Kriegsleute auch im seligen Stand sien können*, 1526; Lutz-Bachmann, J. (Ed.). *Frieden durch Recht; Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung*, 1996; Merkel, R. "Lauter leidige Tröster? Kants Entwurf 'Zum ewigen Frieden' und die Idee eines Völkerstrafgerichtshofts", en *ARSP* 82 (1996), pp. 161 ss.; Merkel, R./R. Wittmann (Eds.). *"Zum ewigen Frieden"; Grundlagen*, *Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant*, 1996; Mitscherlich, A. *Die Idee des Friedens und die menschliche Aggressivität*, 1982; Obermayer, K. "Recht als Friedensordnung", en *JZ* 1984, pp. 857 ss., Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1973, pp. 302 ss.: "Der Krieg" = GRGA, T. 2, 1993, pp. 439 ss.; del mismo, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7ª/8ª ed., 1929, pp. 179 ss.; "Völkerrecht" (también sobre la guerra) = GRGA, T. 1, 1987, pp. 372 ss.; Rahner, K. "Die Atomwaffen und der Christ", en, del mismo, *Schriften zur Theologie*, Vol. XV, 1983, pp. 280 ss.; Russell, B. *Vernunft und Atomkrieg*, 1959; Schlochauer, H. J. *Die idee des ewigen Friedens*, 1953; Schweitzer, A. *Das Problem des Friedens in der heutigen Welt*, 1954; del mismo, *Friede oder Atomkrieg*, 1981; Steinweg, R. (Ed.). *Der gerechte Krieg; Christentum*, *Islam*, *Marxismus*, 1980; Thilicke, H. *Die Atomwaffe als Frage an die christliche Ethik*, 1958; Villar Borda, L. *La paz en la doctrina del derecho de Kant*, 1996; Weizsäcker, C. F. *Der ungesicherte Friede*, 2ª ed., 1979; del mismo, *Bedingungen des Friedens*, 7ª ed., 1981; del mismo, *Der bedrohte Friede*, 2ª ed., 1984.

II. SOBRE LA SITUACIÓN

La literatura sobre guerra y paz no tiene actualmente coyuntura favorable. Esto es motivo de satisfacción. Desde el derrumbamiento de las dictaduras

comunistas, sobre todo en Europa Oriental, se vive en forma más segura y distendida. Casi nadie teme hoy la amenaza de una gran guerra, que sería una guerra atómica. Antes de la caída del muro de Berlín y de la cortina de hierro entre Este y Oeste, la situación era fundamentalmente distinta. Entonces, particularmente en los años sesentas, setentas y ochentas, se escribió mucho sobre el tema "guerra y paz", divididos en dos campos fundamentalmente distintos, que se enfrentaban polémica y vehementemente. De un lado, había conjuraciones y proscripciones de la guerra, especialmente de la guerra atómica; del otro, se hacía el enfrentamiento mediante la defensa de la doctrina de la "guerra justa", válida aun para la guerra atómica, y la advertencia ante el pacifismo que conduce al chantaje político.

Desde que llegó el deshielo político casi nadie escribe más sobre temas semejantes. Pero no es posible ahora simplemente marginarlos. La vigilancia es también un mandamiento para nuestro tiempo, con mayor razón cuando desde la Segunda Guerra Mundial no ha pasado un día sin que haya guerra en alguna parte del mundo. Reflexionar y discutir sobre la guerra tiene también hoy la ventaja de que se puede hacer con mayor objetividad, con menor apasionamiento que en la época de la guerra fría.

Al observar la literatura sobre la guerra y la paz se percibe que toman la palabra predominantemente políticos, teólogos, filósofos, literatos, sicólogos, periodistas... por el contrario, raramente juristas, y entre ellos casi siempre internacionalistas. Esto es característico. ¿Radica acaso en que los juristas son en su mayoría conservadores, de tal manera que quien está contra el *statu quo* se estrella contra el *esprit de corps*? ¿Pertenece también la "guerra justa" al "antiguo derecho bueno", que hay que conservar? Probablemente, pero con esto ciertamente no se aclara todo. Un civilista puede no tener mucha ocasión de dedicarse a la guerra, ¿pero un filósofo del derecho? Aquéllos entre éstos que se han ocupado con cuestiones de la guerra y han escrito sobre ella pueden contarse con los dedos de la mano: ¿cómo puede explicarse eso?

Que el tema "guerra y paz" concierne directamente al bienestar del hombre es un principio evidente que casi nadie podría poner en duda. El *bonum commune* es otra vez, como se señaló en el capítulo XI, objeto de la justicia social y ésta es, en una filosofía del derecho de contenido, su núcleo. La correspondencia entre justicia y paz ha sido percibida desde la antigüe-

dad. En Isaías se lee: "La obra de la justicia será la paz" (32, 17), y en el Salmo 85, 9-11 se dice: "Bondad y fidelidad se encuentran entre sí, justicia y paz se besan". Este asunto, pues, incumbe directamente a los filósofos del derecho; ¿y por qué no se preocupan por él? Dos motivos son, en mi entender, predominantes. En el uno se trata de un fundamento que también nosotros encontramos habitualmente. La mayor parte de los filósofos del derecho actuales son formalistas, no se ocupan con contenidos. El otro motivo se refiere al derecho internacional, al cual está adscrito el derecho de la guerra. Se sostiene que el derecho internacional no es en absoluto derecho por carecer de coactividad (ver arriba, pp. 284 y s.; no obstante, aún compartiendo esa opinión, los filósofos del derecho, a lo menos, tienen también que ocuparse de una *lex imperfecta* semejante, de un "derecho en formación"). Ambos motivos conducirían al resultado de que "guerra y paz" no es un objeto de la filosofía del derecho. Por el contrario, debe afirmarse una vez más que los problemas de la guerra y de la paz son demasiado importantes como para tener que dejárselos sólo a los políticos partidistas, por lo demás necesarios.

También yo escribí en la época anterior a la caída del muro de Berlín y la cortina de hierro un pequeño libro con el título: *la Justicia*, *el olvidado camino hacia la paz*; apareció en 1986. Entonces no sólo yo no preveía los inminentes acontecimientos revolucionarios; en verdad nadie los previó. Entre tanto algunos pasajes del libro no tienen más actualidad; sin embargo, la mayor parte conserva todavía hoy no disminuida significación. Yo tomé allí posición sobre muchos problemas: sobre la esencia de la paz (no simplemente estado de no-guerra, sino permanente tarea y conformación); el quinto mandamiento: tú no debes matar; los principios de la justicia como ejemplo de guerra y paz (semejante atrás, pp. 338 s., sobre técnicas de reproducción y genética humana, pero esencialmente más detallado); el pacifismo; la intimidación nuclear; el problema de la violencia y las agresiones; las causas de la guerra; las condiciones de una paz justa; ¿libertad o paz?; Estado mundial y paz mundial; entre otros muchos. En este libro no se pueden tratar todos. Más bien se deberán ventilar sólo los dos temas que guardan relación con la filosofía del derecho: la doctrina de la "guerra justa" así como el estado mundial y la paz mundial. Quisiera anticipar, empero, tres observaciones.

La primera acotación concierne al *pacifismo.* Si fuera moralista yo diría: no debe haber guerra bajo ninguna circunstancia. Pero no puedo decir esto, por motivos racionales. No puedo suscribir el principio de que toda guerra sea innecesaria e injusta. La guerra contra Hitler fue de todos modos, en su finalidad, necesaria y justificada. Pero como lejano fin utópico reconozco el pacifismo. Por eso condeno de la manera más decidida la satanización del pacifismo, por ejemplo como "movimiento de sumisión", como "refugio de cobardes y holgazanes" o, en un extremo increíble, "como co-autores de Auschwitz". Semejante difamación de una forma de pensar que ha sido compartida por personalidades como Bertha v. Suttner, Mahatma Gandhi, Albert Einstein, Kurt Tucholsky, Karl v. Ossietzky, Martin Luther King, evidencia no sólo la arrogancia de los ignorantes, sino también una traición a los ideales de la democracia del Estado de derecho, cuya libertad se demuestra antes que nada por los derechos que garantiza a las minorías.

Punto segundo. En época reciente se despertó mucha irritación sobre una frase atribuida a Kurt Tucholsky: *los soldados son asesinos.* Yo no quiero expresarme aquí sobre el problema de si en un Estado de derecho libre pueda decirse algo semejante sin recibir castigo. Pero sí deseo decir que esa frase es groseramente falsa (igual de falsa a la afirmación hecha por la Iglesia de que el aborto es "asesinato", incluso el aborto legal; tampoco lo es el suicidio), y yo diría exactamente lo mismo aun en el caso de no ser afectado (fui soldado durante cuatro largos años, además en acción de guerra). La propia expresión "asesinos" no es adecuada; el asesinato es la forma más abominable del homicidio y esto no es el homicidio en la guerra, en ningún caso. Naturalmente es una muerte premeditada, pero la circunstancia de producirse en una guerra es reconocida como fundamento de justificación. Y esto no rige sólo para soldados que se encuentran en una guerra justa, tiene que regir también para los otros. ¿Qué debe hacer entonces el soldado para no tener que "asesinar"? ¿Debe desertar de las filas? En la Segunda Guerra Mundial se perseguía en un caso semejante a los familiares del desertor, y eso uno no podía permitirlo. Dejando esto de lado, en todo ejército del mundo está prohibida y castigada la deserción. ¿O deben los soldados hacer resistencia contra la orden de "asesinar"? El hecho de que la resistencia sea considerada ilícita por una gran parte de la doctrina, aun cuando se dirija contra un poder estatal criminal, no debe ponerse aquí en la balanza;

de mi parte he rechazado ese punto de vista (pp. 373 y ss.). Pero incluso para la doctrina aquí sostenida, los soldados no tienen ningún derecho de resistencia. No hay proporcionalidad; la resistencia tendría que efectuarse en grande y conduciría luego a un estado caótico y a derramamiento de sangre. Pero, sobre todo, los simples soldados (entre los cuales también cuento a los oficiales de rango inferior y medio) no poseen el necesario discernimiento y el conocimiento requerido sobre la situación; ellos no pertenecen al núcleo de "personalidades de importancia y rango elevado" (pp. 375 y s.; en comparación se piensa en las personalidades de julio 20 de 1944). Por último, las perspectivas de éxito de una resistencia semejante serían mínimas. Al margen de todo esto ha de pensarse que sería exigir demasiado del simple soldado que tuviese que ponderar jurídicamente problemas tales como el deber de obediencia, la deserción, la resistencia. Por eso el deber de obediencia es para él primario. Sin duda también la deserción puede ser justificada (yo conozco tales casos), pero nunca puede ser ésta la conducta correcta para el grueso del ejército. De todo esto se sigue que la muerte en guerra no es sólo excusada, sino justificada. Pero que el soldado *per se* no sea "asesino" no significa que en la Segunda Guerra Mundial no hubiera asesinos entre los miembros de las fuerzas armadas alemanas y sobre todo no quiere decir, como desean hacer creer los simuladores de la historia, que se trata únicamente de crímenes individuales. Fueron crímenes deseados y organizados desde arriba. Esto tiene que decirse por el honor de aquellos que permanecieron alejados de tales acciones, y que fueron la gran mayoría (entre los cuales muchos no se vieron confrontados a esta clase de situaciones).

El tercero, finalmente. En el capítulo XX se trata, entre otros temas, de la llamada *sociedad de riesgo*. Se discurre allí sobre el problema de la creciente masa de decisiones riesgosas que tienen que tomarse, como consecuencia de las relaciones cada vez más complejas, es decir, decisiones que no puede saberse por anticipado si son o no correctas. Ese fenómeno se discute tomando como ejemplo la bioética. Pero se podría demostrar también en el ejemplo de las *armas atómicas*. Yo mismo sustento la opinión de que no sólo el emplazamiento de las armas nucleares es prohibido; ilícitas son también, a mi juicio, la construcción de tales armas y la intimidación con ellas. Creo tener buenos motivos para esa apreciación. Empero, tengo que

conceder que los patrocinadores de la amenaza con armas nucleares tienen argumentos dignos de tomar en cuenta. Yo estimo como posible que la ausencia de una gran guerra desde el final de la segunda conflagración mundial se deba al altísimo grado de armamentismo nuclear del Este y el Oeste y en consecuencia al cálculo de ambos sobre ninguna oportunidad en una guerra atómica. ¿Estados Unidos también hubiera lanzado bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki si el Japón hubiese poseído igualmente armas semejantes? Estas son, claro está, especulaciones. Mi voto contra la intimidación nuclear y a favor del anticipo de Occidente en el desarme atómico es –o fue– riesgoso. Si las potencias occidentales hubiesen procedido como a mí me parecía correcto, posiblemente se habría desatado una gran guerra, y con esto mi punto de vista se habría demostrado incorrecto. Y si todavía ahora sostengo mi concepto lo haré, desde luego, enfrentando con tolerancia y comprensión a los representantes del punto de vista discrepante. Quién tenga realmente razón a largo plazo, nadie lo sabe. El riesgo permanece.

III. LA DOCTRINA DE LA "GUERRA JUSTA"

Al repasar la historia se encontrará que sólo ha habido guerras "justas". En todo caso aquellos que han ganado la guerra consideran siempre que han conducido una guerra "justa". También por eso ellos jamás han sido llamados jamás a responder. Ahora bien, ha habido efectivamente guerras justas. La guerra contra la Alemania de Hitler lo fue, a lo menos en su tendencia, aunque no en todas las acciones bélicas particulares.

Así Ilmar Tammelo, un iusfilósofo internacionalmente reconocido, dice que la guerra puede servir la causa de la justicia. Pero también agrega que "la injusticia se puede manifestar especialmente y de manera espantosa en las guerras modernas. Esas guerras traen inmerecidos sufrimientos a muchas personas inocentes, aun para aquellas que han hecho lo imposible para evitar la guerra o para ponerle fin"[1]. Y efectivamente ese es el problema, o sea, si

---

1 I. Tammelo. *Zur Philosophie des Überlebens; Gerechtigkeit*, *Kommunikation und Eunomik*, 1957, pp. 47 y ss.

bajo las *actuales* circunstancias todavía una guerra puede ser justa y si a lo menos no tendrá que proscribirse la guerra atómica.

En épocas recientes, propiamente por primera vez en nuestro siglo, se ha impuesto la idea de que son prohibidas las *guerras de agresión*; permitidas, por el contrario, las *guerras defensivas.* Esto ha sido fijado en innumerables convenios internacionales; por ejemplo, en el reglamento de la Liga de Naciones, el pacto Kellog-Briand, los estatutos de las Naciones Unidas y muchos otros. La consecuencia fue que en adelante sólo hubo "guerras defensivas" (incluso Hitler afirmaba dirigir una semejante) y los "Ministerios de Guerra" se rebautizaron como "Ministerios de Defensa". Lo cierto es, sin duda, que las guerras conducidas con exclusivas finalidades defensivas son muy escasas.

En los orígenes no fue característica de una "guerra justa" que fuese defensiva, sino que se hiciera por la *buena causa*. Quien sostuviera la "buena causa" también podía atacar, como se hizo con bravura en los tiempos de las guerras de religión y las Cruzadas. De ahí viene no por casualidad que todavía hoy se defienda la opinión de que para la "guerra justa" carece de importancia la diferencia entre ataque y defensa.

El padre de la doctrina de la "guerra justa" es San Agustín. Según él, sólo se trata de un *bellum iustum* cuando la guerra sirve como medio para el restablecimiento del derecho violado, o sea cuando persigue un fin justo y cuando los métodos utilizados son legítimos. Tomás de Aquino retomó en lo esencial esa doctrina, pero la refinó aún más. Desde entonces se distingue entre el criterio del *ius ad bellum*: el problema de *cuándo* se dan las condiciones que permiten la entrada en una guerra, y el criterio del *ius in bello*: la cuestión de *cómo* tiene que ser conducida una guerra justificada.

El primer problema. La entrada en una guerra es permitida, según esa doctrina, cuando existe un motivo justo, cuando la dirige la autoridad competente, cuando los valores por salvar tienen un rango superior al de los bienes que se sacrifican, cuando la guerra es conducida con buena intención, cuando es el último medio para la salvación de los bienes amenazados, cuando el éxito es más probable que el fracaso y cuando la proporcionalidad entre utilidades y daños está garantizada. Sobre el segundo problema. Aquí se mencionan sobre todo dos fundamentos: otra vez el principio de la proporcionalidad y, en seguida, el principio de la diferenciación entre combatientes y no combatientes.

En Lutero ("Si los soldados también podrían encontrarse en estado de gracia", 1526) surge ya sin duda alguna la idea de que una guerra únicamente puede permitirse cuando ella es necesaria para la defensa de una agresión aguda, efectivamente realizada. La doctrina de la "guerra justa" fue más bien minimizada como una simple fórmula en la época siguiente, especialmente desde que, en la era de las guerras de Gabinete, la lucha de poder entraba en primera línea (por ejemplo, en la guerra entre Federico II y María Teresa). Aquí tiene sus raíces la idea del "equilibrio de fuerzas", de donde también se dedujo la justificación de hacer una guerra preventiva para impedir la preponderancia de un Estado.

No es necesario subrayar que este ideario cumple todavía hoy un gran papel. Como ya se indicó, actualmente domina la concepción de que sólo *una guerra defensiva* es permitida y no una guerra de agresión. Un *ius ad bellum*, en el sentido de la vieja doctrina de la "guerra justa", no existe por consiguiente más. En el artículo 2º numeral 4 del Estatuto de las Naciones Unidas se determina qué guerras sólo son permitidas todavía, bien como ejercicio del derecho individual o colectivo a la autodefensa o como sanción militar del Consejo de Seguridad para el mantenimiento o restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Desde luego, esto no es unánimemente aceptado. Así Gustav Gundlach, en otros tiempos consejero íntimo del Papa Pío XII, lo percibe de otra manera. El formula básicamente la doctrina de la "guerra justa" como más consecuente que la teoría corriente del derecho internacional. Su objetivo es justificar también la guerra atómica. Para eso se apropia de la frase de Clausewitz, según la cual la guerra es una simple prosecución de la política con otros medios: "Dirigir la guerra es como actuar políticamente [...] Paso de la paz, obstruida mediante la violación del derecho o su perturbación, hacia el restablecimiento de la paz [...] La guerra es el uso de la fuerza al servicio del derecho, que esencialmente pertenece al orden pacífico. La guerra, pues, no es ilícita si no se niega el incontestable principio de la coercibilidad física del derecho ni se quiere desistir de él. Y también es claro que aquí, donde se trata de órdenes jurídicos perturbados, finalmente no hay ninguna diferencia entre guerras defensivas o de agresión"[2]. En

2 G. Gundlach. "Die Lehre Pius XII. Vom modernen Krieg", en R. Fleischmann y

esto no es Gundlach un marginado, en todo caso no en el campo católico, como se mostrará de nuevo más adelante. Regresemos a la diferenciación entre guerra defensiva y guerra de agresión. Sin duda hay guerras defensivas permitidas, y en principio no se excluye que también en el futuro pueda haberlas. Quien hiere o, en caso de necesidad, da muerte al agresor en legítima defensa actúa legalmente. Esto es también básicamente así en las relaciones recíprocas de los pueblos. En consecuencia es también legítimo armarse contra una posible agresión y no ser sujeto de chantajes. Sin embargo, esto sólo puede decirse con alguna plausibilidad para la defensa con armas convencionales. En la esfera convencional es también posible, tal como lo aseguran los expertos, limitar el equipamiento a las armas puramente defensivas.

¿Pero también es "justa" la *defensa con armas nucleares*? Este es el problema que se sitúa hoy en el centro de atención. Se afirma que en la época nuclear es imposible una defensa sin armas atómicas[3]. ¿Pero una defensa semejante es también legítima? La cuestión es si en general se puede defender algo con armas nucleares. ¿No se destruyen más bienes de los que se salvan? ¿Y cómo se compadece con el principio de la proporcionalidad, teniendo en cuenta que en una guerra atómica no serán muertos y heridos sólo combatientes, sino en una proporción mucho mayor los no combatientes?

Ahora, algunos opinan que una guerra atómica no se diferencia fundamentalmente de una guerra con armas corrientes. Ese punto de vista se encuentra preferentemente entre teólogos, por ejemplo el anglicano Eduard R. Norman, así como el sacerdote católico-romano Johannes B. Hirschmann, el ya mencionado Gustav Gundlach y Nikolaus Monzel[4]. Ellos

---

otros (Eds.). *Kann der atomare Verteidigungskrieg ein gerechter Krieg sein?*, 1960, pp. 108 y s.

3 Ver E. Wilkens. "Christliche Ethik im Dilemma der Weltpolitik", en Ethics and Public Policy Center Washington D. C. (Ed.). *Kernwaffen und christliche Moral; Zehn christliche Positionen zur Nuklearrüstung*, 1984, pp. 53 y ss., 54.

4 E. R. Norman. "Kernwaffen und christliche Moral", en *Moral* (nota 3), pp. 43, 148; G. Gundlach. "Lehre" (nota 2), pp. 112 y ss., 115; J. B. Hirschmann. "Kann atomare Verteidigung sittlich gerechtfertigt sein?", en *Stimmen der Zeit*, 162 (1957/58), pp. 284 y ss.; N. Monzel. "Die ethische Problematik des Krieges mit Atombomben", en R. Fleischmann y otros (Eds.). *Verteidigungskrieg* (nota 2), pp. 55 y ss.

coinciden en que una guerra atómica no sería inmoral en sí y por consiguiente no decididamente injusta.

Se tiene la impresión de que para ellos el tiempo se ha detenido. Nosotros no vivimos más en el Medioevo e incluso ya tampoco en la Edad Moderna. La doctrina de la "guerra justa" pertenece a un mundo cerrado, estructurado simplemente, en el cual había normas fijas que por anticipado establecían para toda clase de casos morales imaginables lo que es bueno o malo, pecaminoso o no pecaminoso. En el capítulo XX se mostrará lo que diferencia fundamentalmente nuestro mundo del mundo medieval: el nuestro es un mundo extraordinariamente complejo, abierto y riesgoso, en donde no hay ninguna norma que diga siempre *ex ante* cómo debe comportarse cada uno.

En este mundo cambiante no es posible argumentar más con la antigua doctrina de la "guerra justa". Es un desatino sostener que una guerra atómica no se diferencia fundamentalmente de las guerras corrientes. Con las armas atómicas se pueden destruir no sólo ciudades sino países y continentes enteros. Las radiaciones atómicas pueden producir mutaciones y daños que afectarán a las futuras generaciones. Las armas nucleares son también aptas para la agresión, todas se prestan para un primer ataque y en consecuencia una guerra preventiva. Los preparativos para una guerra defensiva no se diferencian más de los de una guerra de agresión. Y mientras en las guerras de la Edad Moderna todavía podía darse algo así como "virtud militar" e incluso probablemente "heroísmo", esto es, una forma de combate que aún se llamaría "caballeresca", no hay en la guerra atómica "ninguna posibilidad de realizar el antiguo ideal de heroicidad" (Freud)[5], pues una guerra atómica ha tenido la consecuencia de "disolver la anterior tradición militar" (Jaspers)[6]. Francamente revelador es lo que dijo el aviador de Hiroshima: "Yo no tuve entonces ninguna clase de sentimientos personales, ni tampoco los tengo ahora. Si yo debiera mañana lanzar, no importa dónde, la mucho

---

5 S. Freud. "Warum Krieg?", en, del mismo, *Studienausgabe*, Vol. IX, 1982, p. 285.

6 K. Jaspers. *Die Atombombe und die Zukunft des Menschen; Politisches Bewusstsein in unserer Zeit*, 7ª ed., 1983, p. 83.

más devastadora bomba de hidrógeno, lo haría exactamente de la misma manera”[7].

Este es un punto completamente decisivo. El matar, y también el matar en grandes proporciones, se ha vuelto monstruosamente fácil. Con presionar un botón se puede extinguir la vida de miles, de millones de hombres. Esa facilidad de matar y sobre todo el refinamiento de la técnica mortal, cuya consecuencia es que el homicida no se ve confrontado con los resultados de su acción, lo protegen contra la irritante situación, que de lo contrario le haría conocer el horror de su acto. El matar se ha convertido en un procedimiento de materialización. De este modo, los escrúpulos de matar se han reducido bastante. El pronunciamiento del aviador de la bomba de Hiroshima lo indica con toda claridad. Si hubiera tenido él que contemplar la inconmensurable atrocidad que hubo ocasionado, difícilmente podría creerse que estuviera listo para semejante acción una segunda vez. ¿Qué se cree poder defender en una guerra atómica? Las armas atómicas destruyen lo que pretenden defender. Destruyen vida en una medida inimaginable. “La guerra ha perdido su honor”, dijo Radbruch ya con respecto a la Primera Guerra Mundial. “Ella, en tanto ha seguido su propia lógica hasta sus últimas consecuencias, se ha hecho a sí misma moralmente imposible”[8]. (Schiller ciertamente no rimaría hoy más su verso: “En el campo de batalla es todavía el hombre algo valioso”). Y en otro pasaje dice Radbruch que la guerra moderna es injusta y por eso conviene, “a lo menos a los juristas”, afrontarla “como una desgracia irreparable”[9].

Una guerra atómica no puede controlarse de tal manera que los objetivos afectados sean predominantemente militares y de importancia para la conducción de la guerra, o para que exista siquiera la oportunidad de que una gran mayoría de la población pueda sobrevivir. Así falta proporcionalidad entre ganancia y pérdida. Como individuo uno puede sostener el punto de vista de que es preferible morir a vivir en una dictadura. Pero

---

7 Citado según D. Garbe. “Friedensdienst im Alltag”, en H. Albertz (Ed.). *Warum ich Pazifist wurde*, 1983, p. 30.

8 G. Radbruch. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7ª/8ª ed., 1929, pp. 197 y s. = GRGA, T. 1, 1987, p. 388.

9 G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932, p. 204 = GRGA, T. 2, 1993, p. 444.

nadie está autorizado para tomar semejante decisión por todo el pueblo y llevarlo a la ruina.

Para un gran número de personas es también soportable la vida en una dictadura. Y, finalmente, ¿se puede, en resumidas cuentas, ganar una guerra atómica?

A pesar de todo esto, no pocos consideran también una guerra atómica total, bajo determinadas circunstancias, como justa y moralmente permitida. Los representantes de esta concepción se dirigen sin excepción contra la "valoración extremadamente positiva de la vida corporal", la cual operaría hoy "como raíz del pacifismo absoluto"[10]. Se afirman los "valores irrenunciables" y se exige que el cristiano "ahora, como en todos los tiempos, (tiene) que imponerse la decisión [...] de defender, si toca, con la fuerza valores ideales, matar a otros hombres para preservar lo que considera la verdad. En caso de que la decisión recaiga –como casi siempre sucede en la historia de la cristiandad– en favor del uso de la fuerza, obligado por las circunstancias, entonces [...] el monstruoso potencial de destrucción de las armas nucleares apenas agregará algo nuevo al antiguo estado de cosas. Las armas nucleares nos advierten que el hombre es frágil y su vida nunca está segura, pero que está dispuesto a arriesgarla en favor de su ideal"[11].

Hirschmann da un tono todavía más estridente. El enjuicia el rechazo del armamentismo nuclear como "maniqueísmo pseudohumanitario". La prohibición de lesionar y matar no va tan lejos como para que la vulneración de cuerpos o de vidas, ocasionada en el marco de la defensa violenta, se convierta en entuerto. Textualmente: "La aceptación de tales ofensas tanto de parte de quien usa la fuerza como de quien la sufre, puede ser moralmente inobjetable y razonable. Ella puede ser expresión e incluso exigencia del amor. El coraje de aceptar el sacrificio del armamento atómico, en la situación actual, bajo la perspectiva de destrucción de millones de vidas humanas, puede aproximarse más internamente a la actitud de San Francisco e inspirarse más en la esencia del espíritu teológico de la Cruz, que un pensamiento que sacrifica precipitadamente los principios del dere-

10 N. Monzel. "Problematik" (nota 4), p. 55.
11 E. R. Norman. "Kernwaffen" (nota 4), p. 149.

cho natural a una irreflexiva e impropia teología, como lo hacen hoy en un amplio frente pastores y teólogos evangélicos. Lo que ellos sacrifican es una buena parte de común substancia cristiana"[12].

Tengo que declarar que yo no puedo comprender esos pensamientos, y yo no soy ciertamente enemigo del cristianismo, tampoco del cristianismo católico. Estoy completamente desconcertado en vista de una manifestación de Gundlach, que no cito para despertar emociones sino tan sólo porque uno no puede simplemente meter debajo del tapete semejantes opiniones. Allí se dice: "La guerra sólo puede comprenderse en relación con el derecho perturbado. Este orden jurídico del mundo trastornado puede [...] ser de una enorme significación –por ejemplo, para el derecho que Dios tiene sobre nosotros o también para el derecho que nosotros mismos tenemos de ir al cielo y conducir hacia allí a los niños–, de manera que justifica también una acción extraordinaria, incluso monstruosa. Sí, incluso el hundimiento de todo un pueblo en la manifestación de fidelidad a Dios contra un agresor injusto puede significar un valor tal que justifique esa ruina. ¿Tiene esto todavía sentido? Sólo cuando la ética es algo más que un social-eudemonismo. Aun para el caso de que sólo quede una manifestación de la majestad de Dios y de su orden, del cual le somos deudores nosotros como hombres. Si el mundo debiera desaparecer, esto tampoco sería un argumento contra nuestra argumentación. Pues tenemos la certeza, en primer lugar, de que el mundo no durará eternamente y, en segundo lugar, no tenemos nosotros la responsabilidad por el fin del mundo. Nosotros podremos entonces decir que Dios, el Señor, que mediante su providencia nos ha llevado o nos ha permitido llegar a una tal situación, en la cual nosotros tenemos que rendir ese testimonio de fidelidad a su orden, también ha asumido la responsabilidad"[13].

¿Qué se puede decir sobre esto? A mí me separan mundos enteros de esta concepción. Mi idea de Dios y también la del cristianismo son totalmente distintas. Sin embargo, me parecen efectivamente las argumentaciones del citado teólogo las únicas consecuentes para "justificar" una guerra atómica.

---

12 J. B. Hirschmann. "Verteidigung" (nota 4), pp. 287 y ss.
13 G. Gundlach. "Lehre" (nota 2), pp. 120 y s., 131.

Pero ahora debe exteriorizarse en forma no menos enfática la opinión de otro teólogo, cuyo concepto sobre la "guerra justa" es completamente diferente, el Papa Juan XXIII. En su Encíclica *Pacem in terris* de abril 11 de 1963 él exige que "en el lugar de la ley suprema en que hoy se apoya la paz se coloque una ley completamente distinta, conforme a la cual la verdadera paz entre los pueblos pueda existir firme y segura sólo mediante la confianza recíproca y no por la igualdad del armamento militar". Juan XXIII la denomina "un mandamiento de la sana razón". Y prosigue:

"En nuestros días se difunde más y más la convicción entre los hombres de que los conflictos que por determinadas circunstancias surgen entre los pueblos no se terminan por la fuerza de las armas, sino mediante convenios y negociaciones. Desde luego admitimos que esa convicción es producida por el espantoso poder de destrucción de las armas modernas, por el temor ante la desgracia del inhumano aniquilamiento que puede ocasionarse con este tipo de armas. Por eso en nuestra época, que se enaltece de ser la edad atómica, repugna a la razón considerar la guerra como el medio adecuado para restablecer el derecho violado"[14].

¿Podrá partirse de la base de que la voz de este Papa tenga más peso en la Iglesia oficial que las opiniones de Gundlach, Hirschmann, Monzel...? Desgraciadamente parece que el Concilio Vaticano Segundo y su autor no se consultan hoy más por los conductores de la Iglesia.

La posición del "Papa de la paz" es una inequívoca renuncia a la doctrina de la "guerra justa". *Una guerra atómica no puede jamás ser una guerra justa*[15], una guerra atómica es *inmoral y anticristiana*[16], es un *crimen*[17]. En consecuencia, es inevitable la constatación de que el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Nagasaki e Hiroshima no fue un acto de guerra justificado, con mayor razón cuando no existía para ello ninguna necesidad, pues el Japón se encontraba en ese momento al borde de la capitulación. El

---

14 Juan XXIII. *Pacem in terris*; encíclica de abril 11 de 1963.

15 C. Münster. "Atomare Verteidigung und christliche Verantwortung", en R. Fleischmann y otros (Eds.). *Verteidigungskrieg* (nota 2), p. 103.

16 F. Alt. *Frieden ist möglich; Die Politik der Bergpredigt*, 9ª ed., 1983, p. 72.

17 *Gaudium et Spes*; *Pastoralkonstitution des II. Vatikanischen Konzils vom 7.12.1965: die Kirche in der Welt heute*.

deseo de ahorrar la vida de algunos soldados no es un motivo legítimo para matar a cientos de miles de personas, dejando de lado que aquí se hace una compensación inadmisible de personas civiles contra soldados. El ejemplo histórico del Japón también indica que una guerra convencional se transforma luego en guerra atómica, si es que con ello una parte espera una ventaja. Esto también lleva a desconfiar de la licitud de una guerra convencional, o sea a la amenaza de que ella desencadene una guerra atómica. Juan XXIII ha condenado *toda clase* de guerras.

IV. ESTADO MUNDIAL Y PAZ MUNDIAL

Estado mundial y paz mundial son hijos favoritos de la Ilustración. No es un milagro pues ellos son un producto de la razón. El más notable proyecto de esa época es el escrito de Kant sobre *La paz perpetua*. No es ninguna utopía la que allí se desarrolla, ninguna ensoñación pacifista. Aquí también Kant es criticista, él describe las condiciones de la posibilidad de una paz duradera, no dice que estas condiciones estén dadas ni que se darán alguna vez. Se trata, pues, de filosofía trascendental. El punto de partida es que el estado de naturaleza de los hombres no es el estado de paz, sino el estado de guerra, que aunque no se inflama siempre, sí es, empero, una constante amenaza de conflagración. La paz tiene por tanto que ser *instituida*[18]. Lo único que puede establecer la paz, según Kant, es la razón. El concibe la Constitución republicana como la única "que se adecua completamente al derecho de los hombres, pero también la que es más difícil de establecer"[19]. Con esto no se conceptúa una determinada forma de Estado sino una determinada clase de Gobierno, o sea, con división de poderes, en el cual, dependiendo de las circunstancias, las fuerzas "choquen encontradas y contengan o detengan mutuamente sus destructores efectos. El resultado, para la razón, es el mismo que si esas tendencias no existieran, y el hombre, aun siendo moralmente malo, queda obligado a ser un buen ciudadano. El problema del establecimiento de un Estado tiene siempre solución, por muy extraño

18 Kant. *Zum ewigen Frieden*; Ein philosophischer Entwurf, B (2ª ed., 1796), p. 18.
19 *Ibid.*, p. 60.

que parezca, aun cuando se trate de un pueblo de demonios; basta con que éstos posean entendimiento"[20], pues tampoco los demonios se podrían exterminar mutuamente, si su imperio no debe derrumbarse.

La razón, pues, "condena a la guerra de modo absoluto y no la acepta como procedimiento jurídico", e impone, en cambio, como "rigurosa obligación el estado de paz", el cual "no puede asentarse y afirmarse sino mediante un pacto entre los pueblos. Tiene entonces que crearse una federación de tipo especial que podría llamarse *federación de paz*, la cual se distinguiría de un *tratado de paz* en que éste pone fin a una guerra y aquélla acaba con todas las guerras. Esta Federación no pretende adquirir ningún poder del Estado sino precisamente mantener y asegurar la libertad del propio Estado y al mismo tiempo la de los demás Estados federados..."[21]. La viabilidad de esta idea no la ve Kant en un juego de castillos en el aire, más bien la vía hacia la paz o la federación de pueblos tiene que transitarse en la realidad histórica. "Si la fortuna admite que un pueblo poderoso e ilustrado se constituya en una república, que por tendencia natural ha de inclinarse hacia la paz perpetua, se constituirá en un centro de unión federativa para otros Estados, que se unirán con él, conforme a la idea del derecho internacional, a fin de asegurar la paz, y mediante numerosas asociaciones de esta naturaleza ampliar más y más la Federación"[22]. Kant no pensaba, pues, en un Estado mundial de naciones completamente desiguales sino en una federación de pueblos iguales. ¿Pero qué garantizaba una federación semejante? De ninguna manera medidas coactivas, sino sólo la confianza "en el sucedáneo de la asociación política", en el "federalismo libre"[23]. En el lugar de una "idea positiva de una república mundial" coloca Kant "sólo el sucedáneo negativo de una federación defensiva, perdurable y siempre en expansión", que tiene que "detener la corriente de las tendencias hostiles y recelosas", "si todo no está perdido"[24].

---

20 *Ibid.*, pp. 61 y s.
21 *Ibid.*, p. 36.
22 *Ibid.*, pp. 35 y ss.
23 *Ibid.*, p. 37.
24 *Ibid.*, p. 40.

Karl Bruno Leder piensa que la debilidad del proyecto de Kant reside en que se construye sobre la razón, sobre el entendimiento de los hombres, los cuales deben reconocer la irracionalidad de la guerra y por eso renunciar a ella[25]. Yo no creo que ese sea el punto decisivo. Los hombres se dejan guiar por la razón, si sus dirigentes también lo hacen. Pero como lo demuestra la experiencia con la Liga de Naciones y con las Naciones Unidas, son los líderes de los pueblos quienes nunca están dispuestos a subordinar sus intereses particulares a los intereses generales de la comunidad (es posible que con relación a Bosnia-Herzegovina por primera vez se perfile otra política). A las personas razonables les resulta claro desde hace mucho tiempo que una confederación en el sentido de Kant sólo puede garantizar la paz si los Estados individuales ceden una parte de su soberanía. La idea del Estado nacional es un impedimento para la construcción de un "Estado mundial".

Así explica también Gustav Radbruch, quien desde el punto de vista iusfilosófico se ha ocupado en la forma más detallada con el establecimiento del "Estado mundial", el hecho de que el precedente movimiento de la paz haya fracasado, en que él quiso crear una instancia internacional decisoria de conflictos, aun antes de que existiera una conciencia colectiva supranacional (debe anotarse que el movimiento de la paz de que habla Radbruch hunde sus raíces en la Ilustración). El recuerda a este propósito que una vez en la historia existió una organización supranacional: la Iglesia católica de la Edad Media (Radbruch no era católico).

"En esa época la entera cristiandad era una unidad corporativa religiosa y numerosas organizaciones religiosas especiales de alcance internacional, sobre todo las órdenes monásticas, se extendieron a través de las naciones. Pero bajo el manto de la Iglesia buscó protección y cuidado toda la cultura y gracias a eso participó de su carácter supranacional. El arte cristiano fue una entidad europea, en cuyas transformaciones estilísticas tomaron parte por igual todas las naciones. Un lenguaje mundial de los hombres cultos, el latín, posibilitó la unidad de la ciencia y una escritura europea común. Las universidades, fundadas por privilegios papales, reunieron eruditos de todas las naciones ante las cátedras de enseñanza, los cuales se trasladaban de una

25 K. B. Leder. *Nie wieder Krieg?; Über die Friedensfähigkeit des Menschen*, 1982, pp. 192 s.

a otra universidad europea, sin tener en cuenta fronteras de países o de lenguas. Bajo la influencia de esas universidades ejerció un derecho internacional, el canónico-romano, su dominio sobre Europa".

Existió, pues, alguna vez algo así como un "Estado mundial". Europa era entonces el "mundo". Hoy el mundo está disgregado en Estados soberanos. Aún el diminuto Estado Vaticano es un Estado soberano semejante. Radbruch indica, por supuesto, que esa soberanía en realidad concede "a los Papas un poder en el mundo del espíritu y no como jefes del Estado diminuto". Y sobre esto dice:

"La soberanía del Papa como poder espiritual [...] no es meramente un residuo histórico, más bien debería percibirse como ejemplo de promisorias formaciones futuras del derecho internacional. El derecho que tiene la religión en su forma católica-romana debe admitirse no sólo a las demás expresiones religiosas, por ejemplo al conjunto de las otras Iglesias cristianas asociadas en Estocolmo, sino más que todo a las otras esferas de la cultura. La "república de los sabios", la "literatura mundial", por ejemplo, no deberían seguir siendo sólo ideas o frases sino convertirse en organizaciones, sujetos de derecho internacional que estuvieran legitimados, al igual que la sede papal, a negociar al mismo nivel con los Estados. El presupuesto para la creación de tales instituciones supranacionales es que haya hombres dispuestos [...] a traspasar los límites nacionales y servir esa causa con la plenitud de sus convicciones. Un orden jurídico supranacional –y con él la paz mundial– sólo es posible cuando se encarna en seres humanos mentalizados supranacionalmente. Sólo puede haber jueces mundiales cuando haya previamente ciudadanos del mundo"[26].

En este concepto se respira sin duda un aliento de flauta mágica, y quizás trasluce mucho de francmasonería ilustrada. Pero Radbruch no es de ninguna manera el único que ha revivido en la época actual la idea del Estado mundial. Carl Friedrich v. Weizsäcker subraya ejemplarmente que

---

26 G. Radbruch. "Die Internationale des Geistes", en *Der Mensch im Recht*, 3ª ed., 1957, pp. 125 ss.; del mismo, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1965, pp. 108 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 221 y ss. Acerca de que la Edad Media no fue tan oscura como se dice proverbialmente, uno puede dejarse convencer por N. Brieskorn. *Finsteres Mittelalter?; Über das Lebensgefühl einer Epoche*, 1991.

precisamente en nuestro tiempo es necesaria la paz mundial, pues ella es la condición de vida en la era técnica. "Viviremos en un estadio –dice él– que merezca el nombre de mundo pacífico, o no viviremos". Y agrega que la condición que hace posible la paz mundial sólo puede ser el Estado mundial[27].

Desde luego, también hay voces críticas. Karl Jaspers, por ejemplo, llama la atención sobre el hecho de que un Estado mundial requiere una policía central, pues de otra manera la paz no podría mantenerse. Pero con esto "surge infaliblemente el despotismo de aquellos que tengan ese poder en sus manos. Pues todo poder que se concentra en unas manos destruye rápidamente la libertad. La libertad política sólo puede salvarse en un equilibrio de poderes"[28]. Otros han formulado contrapropuestas; por ejemplo, se dice que no sólo el Estado mundial debe disponer de una tropa policial sino también cada uno de los países y que su armamento debe limitarse en lo posible a armas no mortíferas...[29]. Alexander Mitscherlich observa otro problema. El opina que nosotros sin duda deseamos la paz "conscientemente", pero que "en las capas profundas y ocultas de nuestra organización anímica, también la tememos como paz mundial". "El sentimiento de ser despojado de la posibilidad de agresivas manifestaciones colectivas será inconscientemente interpretado como un estado de desprotección extremadamente peligroso...". Entre paz y agresividad gana, pues, significación un fenómeno: "El papel de la crueldad como compensación substitutiva para la satisfacción de instintos eludidos subliminalmente"[30].

Hay en nuestro tiempo numerosas situaciones sin guerra, pero con mucha violencia, lo cual indica que Mitscherlich puede tener razón. Según eso no hay visos de que el Estado mundial esté próximo a llegar. En él podría demostrarse cuál concepto es el correcto.

Es probable que el concepto correcto sea mucho más antiguo. En Platón hay una cita notable donde se dice que el mal no podrá expulsarse del mundo,

---

27 C. F. von Weizsäcker. *Bedingungen des Friedens*, 7ª ed., 1981, pp. 7 y ss.
28 K. Jaspers. *Die Atombombe* (nota 6), p. 147.
29 Así A. Toynbee/D. Ikeda. *Wähle das Leben; Ein Dialog*, 1982, pp. 239 y ss.
30 A. Mitscherlich. *Die Idee des Friedens und die menschliche Aggressivität*, 1982, pp. 108, 130.

en tanto los *filósofos* no sean *reyes o* los *reyes* no se entreguen a la *filosofía*, hasta tanto, pues, que no coincidan el poder del Estado y la filosofía[31]. Tales ideas también se encuentran hoy. Por ejemplo, el ya mencionado Ilmar Tammelo dice "que bajo las circunstancias modernas, los sabios podrían ser, mejor que otra gente, los gobernantes adecuados"; él mismo hace, empero, la objeción de "que los sabios que mantienen en sus manos el poder político, con frecuencia tendrían que dejar de comportarse como es de esperarse de los doctos"[32].

Lo último ya lo había dicho Kant, sólo que un poco más claramente: "Que los reyes filosofen o los filósofos se vuelvan reyes, no es de esperarse ni tampoco de desearse; porque la posesión del poder indefectiblemente corrompe el libre juicio de la razón"[33]. Yo comparto el concepto de Kant. Un científico que se entrega a los negocios del Estado transita bajo otras leyes distintas a las de la sola razón. Un científico a quien se encomiendan semejantes tareas habrá de testimoniar la más elevada conciencia de responsabilidad; él no puede reclamar la pretensión o despertar la apariencia de que todavía actúa como científico. Por lo demás, yo opino que un científico de ningún modo debería tener poder distinto al único poder de sus argumentos.

---

31 Platón. *Politeia*, 473.
32 I. Tammelo. *Philosophie* (nota 1), p. 168.
33 Kant (nota 18), pp. 69 y s.

CAPÍTULO DECIMOCTAVO

Corrientes modernas de la filosofía del derecho

I. LITERATURA

Aarnio, A. "On Truth and the Acceptability of interpretative Propositions in Legal Dogmatics", en *RTh*- Beiheft 2, 1981, pp. 33 ss.; Alexy, R. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *RTh*- Beiheft 2, 1981, pp. 177 ss.; del mismo, "Grundgesetz und Diskurstheorie", en W. Brugger: (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, Vol. 4), 1996, pp. 343 ss.; Apel, K.-O. *Diskurs und Verantwortung; Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, 1988; Apel, K.-O./M. Kettner (Ed.). *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, 1992; Bausch, T. *Ungleichheit und Gerechtigkeit; Eine kritische Reflexion des Rawlsschen Unterschiedsprinzips in diskursethischer Perspektive*, 1993; Bremer, K. *Rawls' "Original Position" oder Kants "Ursprünglischer Kontrakt"; Die Bedingungen der Möglichkeit eines wohlgeordneten Zusammenlebens*, 1980; Cortina, A. "Diskursethik und Menschenrechte", en *ARSP* 76 (1990), pp. 73 ss.; Damm, R. *Systemtheorie und Recht; Zur Normentheorie Talcott Parsons'*, 1976; Dreier, R. *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pp. 270 ss.; *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems*; Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, 1986; Gebauer, R. *Letzte Begründung; Eine Kritik der Diskursethik von Jürgen Habermas*, 1993; Gizbert-Stunicki, T. "How Many Theories of Truth Are Needed in Jurisprudence?", en *ARSP*- Beiheft 25, 1985, pp. 153 ss.; Grondin, J. *Hermeneutische Wahrheit: zum Warheitsbegriff Hans-Georg Gadamers*, 2ª ed., 1994; Habermas, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Vols., 1981; Vol. 3: "Vorstudien und Engäzungen", 1984; del mismo, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handlen*, 1983; del mismo, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 1985; del mismo, *Nachmethaphysisches Denken*, 1988; del mismo, *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtssaats*, 1992; del mismo, *Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991; Höffe, O. (Ed.). *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, 1977; Hoffmann, R. *Verfahrensgerechtigkeit; Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit*, 1992; Janich, P. *Was ist Wahrheit?, Eine philosophische Einführung*, 1996; Jaspers, K. *Von der Wahrheit*, 1947; Kaufmann, A. *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1989; del mismo, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2ª ed., 1992; Kaufmann, A./W. Hassemer (Eds.). *Einfürung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 166 ss.; Kern, L. y otros (Eds.). *Gerechtigkeit. Diskurs oder Markt?, Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, 1986; Kitschelt, H. "Moralisches Argumentieren und Sozialtheorie; Prozedurale Ethik bei John Rawls und Jürgen Habermas", en *ARSP* 66 (1980), pp. 391 ss.; Kley, R. *Vetragstheorien der Gerechtigkeit; Eine philosophische Kritik der Theorien von John Rawls, Robert Nozick und James Buchmann*, 1989; Koller, P. "Moderne Vertrangstheorie und Grundgesetz", en W. Brugger (Eds.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, Vol., 4), 1996, pp. 361 ss.; Kuhlen, W. *Reflexive Letzbegründung; Untersuchung zur Transzendentalpragmatik*, 1985; Kuhlmann, W. (Ed.). *Moralität und Sittlichkeit; Das Problem Hegels und die Diskursethik*, 1986; del mismo, *Reflexive Letzzbegründung; Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik*, 1985, Luhmann, N. *Legitimation durch Verfahren*, 1969; Maihofer, W. "Recht und Personalität", en Haft F. y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 219 ss.; Morisue, N. "Zur ontologischen Struktur des Personbegriffs", en *Revue de Droit Comparé*, Vol. XX, Nº 2, 1986, pp. 1 ss.; Müller, W. H. *Ethik als Wissenschaft und Rechtsphilosophie nach Immanuel Kant*, 1992; Neumann, U. "Funktionale Wahrheit im Strafverfahren", en Philipps L./H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann, zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 73 ss.; Ollero, A.

Rechtswissenschft und Philosophie, *Grundlagendiskussion in Deutschland* (del español), 1978; Patzig, G. *Ethik ohne Methaphysik*, 2ª ed., 1983; Pies, J. (Ed.). *John Rawls' politischer Liberalismus; Konzepte der Gesellschatstheorie*, 1995; Rawls, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (del inglés), 5ª ed. (alemana), 1990; del mismo, *Gerechtigkeit als Fairness*, ed. de O. Höffe, 1977; del mismo, *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1992; Reese-Schäfer, W./K. T. Schoun (Eds.). *Ethik und Politik; Gerechtigkeitstheorie und politische Praxis*, 1991; Rogge, T. W. *John Rawls*, 1994; Schapp, J. "Gleiche Freiheit für alle; Bemerkungen zur kantischen Denken bei Rawls", en Smid St./N. Fehl (Eds.). *Recht und Pluralismus*; Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag, 1996, pp. 159 ss.; del mismo, "Metaphysisches und nachmetaphysisches Denken; Bemerkungen zur Theorie des kommunikativen Handelns von Jürgen Habermas", en *ARSP* 83 (1997), pp. 193 ss.; Tapaniklami, H./ J. Sorvettula/M. Hatakka. "Truth and law", en *ARSP* 75 (1989), pp. 429 ss.; Tegtmeier, E. *Grundzüge einer kategorialen Ontologie; Dinge*, *Eigenschaften*, *Beziehungen*, *Sachverhalte*, 1991; Tugendhad, E. *Probleme der Ethik*, 1984; Weinberger, O. "Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik", en *RTh*-Beiheft 2, 1981, pp. 147 ss.; Wettstein, H. *Über die Ausbaufähigtekeit von Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, o. J.; Wilkes, F. *John Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, *und Ronald Dworkin*, *These der Rechte; Positionen neuer amerikanischer Rechtsphilosophie zwischen Liberalismus*, *Utilitarismus*, *Positivismus und Naturrecht*, 1997.

II. ADVERTENCIA

La teoría de *general principles of law*, que actualmente es vivamente discutida, se trató en las páginas 105 y siguientes. A ello nos remitimos. Algo análogo vale para *critical legal studies*, aunque éstos todavía se encuentran en sus comienzos. En la página 110 se abordó ese tema.

III. TEORÍAS PROCESALES DE LA JUSTICIA

1. *El principio trascendental de Kant*

En las páginas 318 y siguientes se señaló que la crítica del conocimiento de Kant condujo a un nuevo principio procesal en la ética. Lo traeremos otra vez a la memoria.

Kant ha demostrado en su "Lógica trascendental"[1] que los objetos no nos son dados en su puro ser en sí. Pues la intuición pura contiene sólo la *forma* bajo la cual algo es contemplado y el concepto puro, en suma,

1 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, A 50 y ss., B 74 y ss.

únicamente la *forma* del pensamiento de un objeto. Una representación sólo puede ser pura y en consecuencia *a priori*, cuando ella no está mezclada con ninguna sensación. Pero, dice Kant, "nuestra naturaleza implica el que la intuición sólo pueda ser sensible". El entendimiento no es capaz de intuición; él es únicamente "la capacidad de pensar el objeto de la intuición". Así pues, no le es adecuada ninguna facultad creadora activa del conocimiento, sino sólo "la espontaneidad de los conocimientos", es decir, el resumen de la diversidad en el concepto. "Por ende, ningún conocimiento *a priori* nos es posible, excepto sólo de objetos factibles de experiencia". El entendimiento no puede sobrepasar jamás los límites de la sensibilidad, dentro de la cual únicamente nos son dados los objetos.

Este es un rechazo claro a todo pensamiento ontológico-sustancial, no sólo al derecho natural sino también –contra la opinión difundida– al positivismo jurídico. Kant no ha dado simplemente la vuelta al esquema sujeto-objeto. Su pensamiento no es *objetivista* ni tampoco *subjetivista* sino *procesal*. Esto lo había ya observado muy claramente Arthur Schopenhauer. En los *Dos problemas fundamentales de la Etica* dice éste: "La fundamentación kantiana de su ley moral [...] de ninguna manera es la demostración empírica de la misma como un hecho de conciencia ni una apelación al sentimiento moral ni un *petitio principii* bajo el elegante nombre moderno de un 'postulado absoluto', sino es un proceso de pensamiento muy sutil"[2]. El notable *imperativo categórico* no significa, pues, nada distinto a la deducción de atrevidos enunciados de contenido moral por un procedimiento intelectual. En Kant no se encuentra al inicio un principio de contenido moral sino un procedimiento[3].

Desde luego, como lo ha constatado Hans Welzel, "la ética de Kant supone continuamente un orden moral objetivo de las cosas". Y agrega: "Kant desconoce el significado autónomo que corresponde al problema ético-material (el "qué" de la acción moral) frente al problema moral

---

2 A. Schopenhauer. *Sämtliche Werke*, editada por W. Frhr v. Löhneysen, T. III, 1980, p. 667.

3 G. Ellscheid. "Das Naturrechtsproblem; Eine systematische Orientierung", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6 ª ed., pp. 211 y ss.

subjetivo (el "cómo" de la acción moral). En lugar de eso, él cree poder desarrollar el qué del cómo. El medio para eso lo constituye el imperativo categórico"[4]. Welzel percibe aquí un círculo vicioso y en consecuencia improcedente. Pero en eso se equivoca Welzel. Sin duda la argumentación de Kant es circular, pero en ella sólo aparece un círculo vicioso cuando se piensa ontológicamente y con ello a base del esquema sujeto-objeto, como lo hace Welzel. Si se supera el esquema sujeto-objeto y se piensa procesalmente no desaparece ciertamente el círculo, pero aparece fundado "en la cosa" y con ello es insuprimible.

2. *¿Pueden los juicios normativos ser verdaderos o correctos?*

La "verdadera" filosofía del derecho se orienta hacia el problema del "derecho correcto" y con ello, en última instancia, hacia la justicia. Se trata, para decirlo sobriamente, del problema de la *verdad de proposiciones normativas* o bien, de su *corrección*, si uno se atiene a la terminología corriente hoy y habla de verdadero-falso sólo en la esfera de enunciados empíricos (en discursos teoréticos); por el contrario, en enunciados normativos (en discursos prácticos) habla sólo de correcto-incorrecto. Pero esa diferenciación no debe sobrevalorarse.

Conforme al derecho natural clásico se pueden fundamentar normas correctas de la misma manera que los verdaderos enunciados fácticos. Según el nominalismo y el empirismo, los enunciados normativos no son en absoluto susceptibles de verdad. Ambas concepciones han de rechazarse. De una parte, no se evidencia, como opina Richard M. Hare[5], que la universalización de enunciados normativos como "*a* es bueno" sea en la misma medida posible como los enunciados descriptivos del estilo "*a* es rojo". Concordancia e intersubjetividad dependen en el campo de lo normativo parcialmente de otros factores que en el ámbito de lo descriptivo. Por eso tampoco se utilizan en los juicios normativos modalidades como

4 H. Welzel. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962 (reimpr. 1980), p. 69.
5 R. M. Hare. *Die Sprache der Moral*, 1983, pp. 139 y ss., 144 y ss.

"imposible", "necesario", "forzoso", sino preferentemente aquellas como "plausible", "conforme", "acertado". De otro lado, es cierto que los enunciados normativos a menudo no tienen el grado de claridad y exactitud que muestran muchos enunciados empíricos. Sin embargo, hay en la esfera de lo jurídico y en general de lo normativo criterios de evidencia y falsación, de experiencia y observación (así sea sólo en un sentido figurado)[6], de formación de juicios y argumentación racional, de intersubjetividad y universalización, que permiten hablar aquí de conocimientos verdaderos (correctos). Raramente, en efecto, de una sola, *la* única solución verdadera, sino la mayor parte de las veces de muchas respuestas "sustentables" y "correctas" (aquí hay un difícil problema teorético-cognoscitivo, que por supuesto ocupa desde hace tiempo no sólo a los juristas sino en medida considerable también a los científicos naturalistas). Lo que es en esto decisivo es que hay tales criterios para la fundamentación de juicios normativos. Si los conocimientos así fundamentados merecen el predicado de "científicos" es un problema que depende del concepto de ciencia en que se basa y con ello un falso problema[7].

3. *El abandono del esquema sujeto-objeto*

A lo largo de muchos siglos se ha contemplado el "derecho correcto", la justicia, como *algo objetivo*, más exactamente como un objeto, una materia, que se encuentra substancialmente frente a la conciencia que conoce. Se

---

6 Que los "objetos" de las ciencias comprensivas no son "fenómenos indicativos", según opina Hassemer. Introducción (nota 3), p. 122, solo acierta *cum grano salis*. "Indicar" en sentido figurado también se puede sobre valores y desvalores. En el asesinato de millones de judíos y de *sintis* se puede indicar con el dedo la maldad. ¿Y qué hacen los juristas de diferente en la llamada aplicación del derecho a... indicar casos?

7 Así con razón U. Neumann. "Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft", en *Einführung* (nota 3), pp. 375 y ss.; ver también 438: "A la luz de la teoría del consenso no se caracteriza más la pretensión de veracidad de la Ciencia del Derecho con la dudosa idea teorético cognoscitiva de una única decisión pretendidamente correcta". Ver también A. Kaufmann. "Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft; Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit", en *ARSP* 72 (1986), pp. 425 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 259 y ss. Ver también arriba, capítulo V.

atiene así al esquema sujeto-objeto, según el cual en el conocimiento se separa rigurosamente el objeto del sujeto, esto es, en el conocimiento no influye nada subjetivo. Las doctrinas iusnaturalistas han buscado esa objetividad, que es anterior al conocimiento jurídico y ha de ser abarcada por él sin adulteraciones, en la "naturaleza", en lo cual desde luego se desligan entre sí los más diferentes conceptos de naturaleza. Sin embargo, un concepto *ontológico-substancial* no es exclusivo de ninguna manera del derecho natural, el positivismo jurídico está también íntimamente ligado a él. Pues para éste el derecho es idéntico a la ley positiva establecida, entendida como algo completamente objetivo, que el aplicador del derecho deja intacto.

Pero ese principio ontológico-substancial es erróneo. El derecho no surge ni de una "naturaleza" considerada siempre igual ni tampoco simplemente de la "ley" formulada como abstracta y general. Estos son sólo en cierta medida materiales en bruto, de los que en un *acto de conformación procesal* (la jurisprudencia y en general el obrar justo) tiene que salir el derecho concreto. Esta idea no es en sí nueva. Pero no se fue cabalmente consciente de este asunto sino primeramente en la *hermenéutica*, desde Friedrich Ernst Schleiermacher, o sea que en las ciencias comprensivas orientadas conforme al sentido (a diferencia de las orientadas en las ciencias naturales causal-explicativas) el esquema sujeto-objeto por principio carece de toda validez. Quien desee comprender un sentido trae necesariamente su "pre-comprensión" y con ello sobre todo también introduce su evidencia en el proceso de comprensión[8]. Una *comprensión* semejante no es objetivable (pues el sentido no es ninguna substancia), pero tampoco subjetiva (sino tanto reflexiva como tradicional y situacionalmente orientada); es más bien constantemente *subjetiva-objetiva al mismo tiempo*. Todo intento de separar en las ciencias comprensivas la racionalidad de la personalidad que comprende está condenado al fracaso.

---

8 Ver sobre todo H. G. Gadamer. *Hermeneutik I*, *Wahrheit und Methode*, 5ª ed., 1986, especialmente pp. 270 y ss. Sobre el desarrollo de la hermenéutica jurídica ver Monika Frommel. *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981. Muy claro J. Stelmach. *Die Hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991.

4. *¿Contenidos desde la forma?*

Como se recuerda, el imperativo categórico de Kant (el principio de generalización) significa atreverse a deducir enunciados de contenido moral de un procedimiento mental. Y todavía más: contenidos que provengan de la experiencia, únicamente valen *a posteriori*. Pero si eso es así, ¿no se debería ensayar alguna vez *si es posible obtener contenidos consistentes desde la forma*? De hecho este pensamiento, de que la "pura forma", el "puro deber ser", pudiera producir contenidos y reglas concretas de conducta, las cuales se sustraen al engaño de la percepción, ha ejercido una fascinación sobre muchos pensadores[9]. Hoy se caracterizan en su mayoría esos intentos como "teorías procesales" de la verdad, o bien, de la justicia. En lo que sigue se presentarán los dos modelos más importantes: el *modelo del contrato* (representado sobre todo por el iusfilósofo norteamericano John Rawls) y el *modelo discursivo* (su principal garante es Jürgen Habermas)[10]. Ambos modelos tienen en común que consideran el *consenso* como el criterio decisivo de la verdad y la corrección. Un papel especial desempeña la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, que también es una teoría procesal, quizás la más consecuente de todas las teorías procesales, pero ella no es propiamente una teoría de la justicia, porque para Luhmann algo así como justicia no existe. Nos referiremos a ella brevemente (lo que no significa que la teoría de Luhmann no merezca atención, sólo que no en este contexto)[11]. Por

---

9 N. Luhmann. *Legitimation durch Verfahren*, 1969

10 Habermas ha presentado ahora una especial teoría discursiva del derecho y del Estado democrático de derecho: *faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, especialmente pp. 516 y ss.: "Zum prozeduralistischen Rechtsverständnis". Ver sobre esto H. Klenner. "Fortiter in modo, suaviter in re; Über das prozeduralistische Rechtsparadigma des Jürgen Habermas", en *Utopie kreativ*, 35/36 (1993), pp. 110 y ss.

11 Más detalladamente A. Kaufmann. *Einführung* (nota 3), pp. 166 y s. También A. Kaufmann/W. Hassemer. *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, pp. 27 y ss. Además, A. Ollero. "Die technokratische Funktion des Rechts in der Systemtheorie von Niklas Luhmann", en *Politik ohne Herrschaft; Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik*, 1976 (Piper), pp. 131 y ss. Más recientes G. Roellecke. "Die Legitimation des Grundgesetzes in der Sicht der

cierto, se deberá presentar en primer término otra teoría procesal, que seduce a causa de su consecuencia y concisión, pero que es lamentablemente poco conocida hasta ahora. Yo la trato por ello con más detalle.

5. *El modelo procesal de Günter Ellscheid sobre la base de la filosofía de Kant*

Regresamos de nuevo al principio procesal de Kant (ver arriba pp. 466 y s.). ¿Qué trae esto consigo? En un profundo y muy agudo ensayo sobre *El problema del ser y el deber ser en la filosofía de Immanuel Kant*, Günter Ellscheid ha intentado suministrar la prueba de que en el ámbito de la filosofía crítica de Kant se puede elaborar una ética plena de contenido y una filosofía del derecho sin el supuesto de valores materiales, en el sentido de ideales establecidos. Ellscheid quiere rechazar el argumento de que una ética sin adopción de valores materiales, como ocurre en la filosofía de los valores, no sería posible[12].

Base inicial de la construcción intelectual de Ellscheid es la reflexión de que para el jurista sólo puede ser razonable un método tal que le permita tener en cuenta tanto el deber ser de la norma como también las circunstancias del caso. Por eso el jurista no puede darse por satisfecho con el dualismo metódico de la filosofía y la filosofía del derecho neokantianas, conforme a las cuales ser y deber ser son esferas separadas, mundos diferentes. Ellscheid piensa, y yo creo que tiene razón, que ese dualismo metódico, en contra de la opinión difundida, no se apoya en la filosofía de Kant, pues la filosofía teórica y la filosofía práctica tienen en él una unidad interna.

El concepto central en la investigación de Ellscheid es el de deber ser. En oposición al ser, el deber ser no es real. El deber ser es la negación de la realidad. La idea del deber ser o del valor son pura obra de la conciencia, que no es determinada por el ser. Los valores no son nada distinto que una pura espontaneidad del yo. Kant, en consecuencia, ha buscado la verdad del deber ser en la pura forma.

Systemtheorie", en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, T. 4), 1996, pp. 419 y ss.

12 G. Ellscheid. *Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kant*, 1968.

Ser y deber ser se muestran primeramente en la relación de condicionalidad e incondicionalidad. El ser está siempre condicionado por otro ser, en un recurso infinito. El deber ser es lo incondicionado[13], lo que no tiene ningún fundamento ulterior; es en sí mismo fundamento, es un concepto puro, que no se dirige a nada más que a sí mismo, y es con esto sencillamente verdadero. Ellscheid no pasa por alto de ningún modo que el problema que en el fondo aquí se discute es el de Dios.

El deber ser no es abstraído de determinada conducta, pues la conducta no contiene el deber ser. El deber ser sólo puede explicarse por sí mismo. No es la suma de las normas particulares sino el principio creador a partir del cual las normas particulares se desarrollan. El ser es unidad por la abstracción de la diversidad, el deber ser engendra una diversidad mediante deducción de la unidad.

El ser es realidad; el deber ser, la negación remitida a sí misma. El carácter absoluto del deber ser sólo puede determinarse negativamente: negación de la casualidad, negación de la condicionalidad, contradicción con la facticidad fútil (también aquí otra vez el paralelo con el problema de Dios; según la "teología negativa" la naturaleza absoluta de Dios sólo puede caracterizarse por la negación; qué y cómo él *no* es).

Pero el deber ser no es destrucción de lo existente, no la maligna nada.

El deber ser no sólo niega lo existente sino también lo guarda. Es la formación y transformación de la materia: la cultura. Sin embargo, el concepto de transformación sólo no indica ninguna orientación.

"Si el discurso sobre la necesidad del deber ser no ha de quedar vacío, tiene entonces que conducir el deber ser a un contenido que le pertenezca invariablemente, por tanto a determinados mandamientos y prohibiciones morales o jurídicos que se encuentran en armonía original entre sí, porque todos provienen de una idea del deber ser como su principio. La superflua incondicionalidad del deber ser, puesto que ella ha remitido su propio

---

13 Ver sobre esto la crítica de Schopenhauer: "El completo desacierto y absurdo de este concepto de un deber incondicionado, que está en la base de la ética de Kant, entró a su propio sistema tardíamente, esto es, en la *Crítica de la Razón Pura*; como un veneno descubierto en el organismo no puede permanecer, sino finalmente tiene que brotar y manifestarse..."; "Die beiden Grundprobleme der Ethik", en *Werke* (nota 2), p. 649.

concepto a la multiplicidad de lo existente, tiene que exteriorizarse; o sea tienen que crearse a partir de la idea de lo incondicional en su relación con la multiplicidad de lo existente determinadas acciones, estados, fines y objetivos como la forma exterior de la incondicional necesidad del deber ser, y por cierto de tal manera que el deber ser no se arruine en la casualidad y discrecionalidad de la realidad en la que tiene que aparecer. Pues el deber ser expresa necesidad absoluta"[14].

El deber ser es transformación de la realidad. ¿Pero cómo se puede presentar la necesidad del deber ser en la concreción y casualidad de lo existente? Esto sólo es posible, como más adelante lo expone Ellscheid, en tanto se abarque lo existente en su iterabilidad y con esto igualdad, y se tipifique en estados de cosas (rechazo de la filosofía existencial con su negación de la universalidad). Se requiere, pues, la generalización y esquematización de los casos. El medio es el concepto general como intermediario entre lo particular concreto y el deber ser absoluto.

Con esto, según Ellscheid, "logra Kant en la reflexión que el deber ser sólo pueda concebirse en referencia a la realidad dada en modo diverso, tal como lo ofrece la naturaleza; puesto que el deber ser no constituye ningún reino propio lleno de contenido junto a la realidad sino que se realiza en cuanto a contenido sólo en referencia a la realidad dada, y de esa manera puede lograrse a sí mismo".

Al efecto se consigue sobre todo "desarrollar el planteamiento de principio del pensamiento kantiano, que se indica en muchos pasajes, y el imperativo categórico que formula la idea de la forma de una ley universal, en suma, de pilar de la acción, entendido como resultado del desarrollo de la dialéctica de ser y deber ser"[15].

Pero todo esto no significa, prosigue Ellscheid su argumentación, que la forma sea vacuidad. Una ética formal tampoco carece de contenido. La relación entre ser y deber ser significa un enlace de diversidad e identidad en la comunidad humana. El principio de la comunidad determina el contenido de los postulados morales y jurídicos. El hombre en su "insociable

---

14 G. Ellscheid. *Das Problem* (nota 12), pp. 68 y s.
15 *Ibid.*, pp. 88 y s.

socialidad" tiene que vivir la diversidad de tal manera que a través de ella no se altere la primitiva unidad: prohibición de matar, amor activo, preocupación por el prójimo, respeto, dignidad. El derecho tiene que garantizar la libertad, sólo dentro de la cual es posible realizar el deber moral. En esto han de tomarse en cuenta la situación histórica, la diversidad de los seres humanos, los cambios históricos. Así lo exige la positividad del orden moral y jurídico. Pero éstos son siempre susceptibles de criticar por medio de la idea. De ese modo forman derecho natural y derecho positivo una unidad: el derecho natural aparece en el derecho positivo.

Para el pensamiento intencional, que sólo puede orientarse hacia la realidad en sentido estricto, es inconcebible que del concepto puro del deber ser se pueda lograr un principio de contenido. En consecuencia, es necesaria la transición del pensamiento directo al pensamiento reflexivo. "El deber ser como lo incondicional contradice su propio concepto, según la concepción intencional, y exige otra clase de realización de contenido. Esta realización sólo puede partir de sí en forma tal que se pregunte lo que es la realidad para el ser pensante, cuando se considere verdadera la idea del deber ser incondicional ya antes de toda realización de contenido. Las conclusiones que en ese caso resultan son el único contenido del deber ser"[16]. (Debe señalarse que aquí también se verifica en Ellscheid un recurso a un estadio anterior ficticio). El ejemplo con el que Ellscheid demuestra sus conclusiones es, como en Kant, la prohibición del suicidio[17].

En eso interesa a Ellscheid que el deber ser no haya sido creado de la "naturaleza" del hombre. La idea moral no es una cualidad del ser humano, ella será concebida sólo en el pensamiento mediante la separación de toda realidad.

---

16 G. Ellscheid. *Das Problem* (nota 12), p. 124. Ver sobre esto también M. Buht. *Einführung in die formale Logik; unter der besonderen Fragestellung: was ist Wahrheit allein aufgrund der Form?*, 1996.

17 *En contra* de Kant y Ellscheid habrá de decirse que la prohibición del suicidio de ninguna manera resulta del puro concepto del deber ser. Esa prohibición no puede fundamentarse racionalmente. Quien no estime por motivos religiosos que su vida es un don de Dios no se estrella con la razón al considerarla disponible. Para el orden jurídico tiene que valer: *etiam si daremus non esse Deum* (Hugo Grocio).

La comprensión del deber ser por sí mismo no impide el desarrollo de la ética, sino que lo posibilita. La incondicionalidad pensada en el deber ser se ofrece en el mundo de los impulsos, esfuerzos, finalidades y objetos experimentales como un momento apriorístico, estructurado activamente hacia la validez. Los valores son resultado del pensamiento. Una ética científica tiene por eso que entender dicha génesis y fundamentar de ese modo los valores. Esa vía la transita la ética formal mediante su método de la reflexión dialéctica.

Pensamiento reflexivo y pensamiento intencional son contrarios, pero, sin embargo, dependen uno de otro. El pensamiento intencional, que está orientado hacia la realidad, conduce en la verificación a infinitos regresos. El deber ser, que sólo se infiere del pensamiento reflexivo, no requiere ninguna verificación al estilo de las ciencias factuales, pero sí una auscultación de la situación. El deber ser es una verdadera idea, desde luego no en el sentido de la conciencia objetiva. Es verdadero por sí mismo. Proviene de la pura espontaneidad del pensamiento, no es receptivo sino creador. El deber ser resulta necesariamente de la estructura del pensamiento, que es esencial y común a todos los seres humanos. La idea del deber ser es una implicación trascendental del pensamiento, la idea de la razón que permanece en sí misma.

La necesidad del deber ser surge por ende de la necesidad interna de la reflexión. El deber ser es, en consecuencia, un concepto verdadero en sí mismo. Para el pensamiento inmaterial es el concepto del lugar de la verdad, mientras para el pensamiento intencional el juicio es el lugar de la verdad. "La idea del deber ser", dice Ellscheid (y esto evoca pensamientos del racionalismo crítico en el sentido de Karl Popper), "es esa idea crítica en la cual la razón informa sobre su propia esencia y desarrolla el sentido crítico de lo existente"[18]. Y en la conclusión se dice que la idea del deber ser como forma pura de la capacidad reflexiva es "análoga de ese pensamiento divino, del que surge la diversidad de la función de unidad del pensamiento"[19].

---

18 G. Ellscheid. *Das Problem* (nota 12), p. 187.
19 *Ibid.*, p. 190.

Hasta ahí Ellscheid. Su teoría plantea, según me parece, el punto extremo a que puede llevarse una teoría procesal de la verdad y la justicia, la cual, no obstante –y esto es lo notable–, al mismo tiempo no es vacía de contenido. En la valoración de este ensayo tiene que observarse que Ellscheid abandona, en forma absolutamente consciente, la filosofía de Kant en muchos puntos. Kant parte de que el concepto depende de lo dado en la intuición. Ellscheid niega esta dependencia (en todo caso en el sentido en que la entiende Kant). Conforme a Kant, del concepto puro como tal no nace ningún conocimiento. En Ellscheid, al contrario, es posible conocimiento de contenido a partir del concepto puro (puro del deber ser). Y mientras Ellscheid quiere conseguir a través de ese modelo de "forma-contenido" una fundamentación no circular de la ética, resulta completamente circular en Kant la materialización de la ética. Hans Welzel ha llamado especialmente la atención sobre esto, como ya se dijo atrás en la página 467. El ha evidenciado que Kant en su ética, aunque en el lugar del problema de una ética material-objetiva que ha ocupado hasta ahora todas las doctrinas del derecho natural, coloca el problema de la moralidad subjetiva, presupone siempre, a pesar de ello, un orden de las cosas moral-objetivo. Welzel observa sobre esto que Kant "desconoce el significado autónomo que corresponde al problema ético-material (el "qué" de la acción moral), frente al problema moral subjetivo (el "cómo" de la acción moral). En lugar de eso, él cree poder desarrollar el "qué" del "cómo", o sea por medio del imperativo categórico[20]. Welzel se equivoca, sin embargo, cuando opina que aquí se trata de un círculo vicioso y evitable.

Tampoco Ellscheid escapa al círculo (lo que no es un reproche sino una constatación). ¿Provienen, es preciso preguntar, los contenidos ético-materiales realmente de una "pura forma", "un puro deber ser", o más bien de las finalidades antropológicas de la filosofía de Kant? Sería demasiado hermoso que se pudieran obtener verdaderos contenidos desde la forma, sin recurrir a la experiencia, simplemente por un proceso mental. Pero eso no puede despacharlo Ellscheid tan fácilmente. El mismo dice, con suma claridad, que el puro deber ser, de donde sale, al igual de la fuerza

---

20 H. Welzel. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962 (reimpr. 1980), p. 169.

primigenia, la diversidad de lo existente, no puede comprenderse. Nosotros también tenemos que ocuparnos ulteriormente del pensamiento intencional que se nutre de la experiencia. Pero para eso debemos no descuidar el pensamiento reflexivo, pues de él procede la idea crítica, en la que de por sí lo existente tiene que acreditarse perpetuamente.

6. *La teoría de sistemas*

La *teoría de sistemas* de Niklas Luhmann, originada en la teoría estructural-funcionalista de Talcott Parsons, plantea una teoría procesal de la justicia concluyente en sí, pero también parcial. Según ella no existe en absoluto algo así como "corrección", "justicia", "verdad"; éstos son más bien sólo símbolos con cuyo uso se profesan buenos deseos o se traduce un consenso presupuesto. Pues según esta teoría, la función del sistema es completa en cuanto también integra las ideas de verdad y justicia, y no en último término también al sujeto de derecho, de tal manera que una crítica a ella desde posiciones extrasistemáticas es imposible. El sistema se legitima y reconoce por sí mismo (mediante procesos de enseñanza): "Legitimación a través del proceso"[21]. No importa que la justicia se realice (ella no existe), sino que el sistema funcione, mientras reduzca complejidad social. En absoluto existe un "qué", el cual surge de un "cómo"; sólo hay el "cómo", en modo alguno contenidos. La corrección es idéntica al procedimiento: un nuevo "derecho natural" íntegramente funcional. Y aun cuando este concepto no es en sí mismo refutable, tiene empero que ser rechazado por motivos pragmáticos, conforme a la divisa del filósofo pragmático Charles S. Peirce: "Por sus frutos los reconoceréis"[22]. Los frutos del funcionalismo no son beneficiosos al derecho.

---

21 N. Luhmann, nota 9.

22 Ch. S. Peirce. *Collected Papers*, T. 5, pp. 204, 464 y s. Más detalladamente (con numerosas referencias) A. Büllersbach. "Theorielager-Systhemtheoretische Ansätze", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 381 y ss. Ver también arriba nota 11.

7. *El modelo del contrato*

Teorías del contrato social o estatal ha habido muchas: Hobbes, Rousseau, Beccaria, Kant...[23]. La idea es conocida: la teoría del contrato *finge* algo como querido, porque racionalmente no puede no ser querido, ya que descansa en los *verdaderos* intereses de los contratantes. Con otras palabras, la teoría del contrato recomienda para el examen de la justicia en cada relación jurídica un *procedimiento*, el cual se ha utilizado desde hace largo tiempo para verificar la corrección, especialmente de la relación jurídica del Estado: *pensar* la relación jurídica como resultado de un contrato social. En efecto se debería suponer que, en la observancia concreta de ese procedimiento, en todas partes se lograría igual resultado. Pero sabemos que esto no es así. Una de las más duras piedras de toque de la teoría del contrato fue siempre la pena de muerte. Beccaria la considera incompatible con la teoría contractualista, a diferencia de Rousseau que la estima compatible. Tanto más Kant, que se vuelve contra "la sofisteria y rabulismo" de Beccaria, al desplazar, con un recurso característico de su modo de pensar, la argumentación a un nivel trascendental (hoy probablemente diríamos metanivel) y no preguntarse qué quiere realmente el individuo empírico, sino qué no puede *racionalmente* no querer.

Aquí se aclarará más tarde que la teoría del contrato *fingía un ser racional puro* como parte de un contrato social o estatal que conoce sus verdaderos intereses, y de esta manera los puede determinar. Este es el muy inteligente y muy egoísta individuo que encontramos en la economía nacional clásica como el *homo oeconomicus*. El derecho no está pensado para dormilones: *iura semper vigilantibus*. El contrayente del contrato estatal no es, pues, el individuo empírico con su voluntad real y con los intereses que realmente dependen de él. En la diferenciación de Rousseau entre *sujet* y *citoyen*, como sobre todo entre *volonté des tous* y *volonté générale*, se refleja esto tan

---

23 Ver sobre esto la clásica exposición de G. Radbruch. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, pp. 106 y ss. (con especificaciones) = GRGA, T. 2, 1993, pp. 110 y ss. Recientemente W. Kersting. *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994 (se ocupa de Th. Hobbes, J. Locke, J. J. Rousseau, I. Kant, O. von Gierke, Althusius, S. Pufendorf, D. Hume, G. W. F. Hegel, J. Rawls, entre otros).

claramente como en la contraposición del *homo phainomenon* y el *homo noumenon* en Kant. Es claro que en una estructuración semejante del contrato social la esfera de lo social será más o menos pasada por alto.

John Rawls ha retomado las ideas de las teorías del contrato nuevamente en su obra *A Theory of Justice*[24], aparecida en 1971. Al hacer esto, él quiere extraer en un proceso intelectual los derechos y deberes fundamentales que en una sociedad de Estado de derecho tienen que atribuirse a cada uno[25]. También quiere lograr de esa manera normas universalizables que coloquen a los que enjuician moralmente en un *estadio primitivo ficticio* (*original position*). Pero lo novedoso en esa teoría es lo siguiente: para excluir que las partes contratantes se procuren unilateralmente ventajas y juzguen parcialmente, Rawls extiende sobre ellas el "velo de ignorancia"; esto significa que las deja en la ignorancia sobre sus cualidades psíquico-físicas y su papel social en la vida real, con otras palabras: en la posición original no entra ninguna potencialidad de poder e intimidación. Además Rawls determina que a consecuencia de su ignorancia sobre las propias posiciones en un orden futuro, todas las partes del contrato se comportarán con temor al riesgo. Ellas elegirán en condiciones de incertidumbre, conforme a la

---

24 Edición alemana: J. Rawls. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975. Rawls, entre tanto, ha modificado en muchos puntos su teoría; la novedad más importante consiste en una nueva formulación de la teoría de las libertades fundamentales; además, salta a la vista que múltiples temas han sido excluidos, haciendo así menos atacable su concepto, que por cierto también enuncia menos: ver J. Rawls. *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1992. Independientemente de esto, antes como ahora es importante discutir su teoría original. Ver también J. Habermas. *Faktizität und Geltung* (nota 10), pp. 258 y ss.; T. Bausch. *Ungleichheit und Gerechtigkeit; Eine kritische Reflexion des Rawlsschen Unterschiedsprinzips in diskursethischer Perspektive*, 1993; C. F. Rosenkrantz. "Der neue Rawls", en *RTh* 27 (1996), pp. 189 y ss.

25 En oposición a la idea de Rawls, de pocos principios fundamentales de justicia, aboga Michael Walzer por una pluralidad de principios de justicia: diferencia e igualdad sólo pueden asociarse cuando se tiene en cuenta que los diferentes bienes y esferas de una sociedad exigen la aplicación de principios respectivamente separados de distribución: M. Walzer. *Sphären der Gerechtigkeit; Ein Plädoyer für Gerechtigkeit und Gleichheit* (del inglés), 1992.

regla del *maximin*, aquel principio que contiene el menor riesgo propio en la vida real.

No es posible aquí entrar en detalles de la teoría rawlsiana, de la misma manera que tiene que renunciarse a una crítica pormenorizada. Hay varias cosas que difícilmente convencen; por ejemplo, el porqué los contratantes, bajo determinadas circunstancias, no deberían comportarse también como amigos del riesgo (sin tener en cuenta para nada que en nuestro mundo puede ser un riesgo no poder correr ningún riesgo). En resumen, sin embargo, aparecen plausibles los resultados conseguidos por Rawls, particularmente los dos principios básicos de la justicia: "1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. 2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez: a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos; b) Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos"[26]. ¿Y por qué nos parecen plausibles esos principios básicos? O, preguntado de otra manera, ¿por qué las partes del contrato llegaron precisamente a esas reglas? Ellas son así porque Rawls presume ya determinadas concepciones de justicia y naturalmente la suya propia, o mejor, la de su sociedad, más exactamente la sociedad norteamericana del siglo XX (un filósofo del derecho ruso haría que los socios del contrato en un estadio primitivo acordaran otras reglas). Lo que Rawls muestra es el boceto de un Estado de derecho liberal y social, es una democracia constitucional con economía de mercado socialmente atemperada, con lo cual aparece el momento de lo "social", en un ensayo norteamericano, especialmente simpático. Vale la pena, por otra parte, observar que el teólogo suizo Emil Brunner, sobre la base del orden primitivo de la creación, fundamentado ideológicamente por él, llegó mucho antes que Rawls a resultados esencialmente iguales[27]. Hay que aprobar por ello a Otfried Höffe cuando señala: "El supuesto del estadio primitivo plantea una aproximación a nuestra comprensión intuitiva del punto de vista moral. Donde cesa esa

26 J. Rawls. *Eine Theorie* (nota 24), p. 81.
27 E. Brunner. *Gerechtigkeit*, 1943.

comprensión intuitiva y con ello también la plausibilidad, allí también acaba la seguridad de Rawls en la fundamentación de normas universalizables"[28].

Este dictamen ha sido confirmado por el mismo Rawls. El comunica, pues, ya desde el comienzo de su investigación, el resultado que logra intuitivamente antes de establecer el resultado experimental. No se pueden determinar exactamente reglas de procedimiento sin tener un presentimiento de lo que deba salir de allí. No ha de hacerse ningún reproche a Rawls a causa de ese círculo, tanto menos en cuanto él no plantea en absoluto el círculo en el convenio. No obstante, sea como fuere, se ha indicado que los contenidos normativos en manera alguna, en todo caso no únicamente, se consiguen del procedimiento. Ellos provienen ante todo del saber y de la experiencia, acuñados histórica y socialmente por los más doctos filósofos de nuestra época.

8. *El modelo del discurso*

Sólo es posible evitar la argumentación circular cuando se logra alcanzar, exclusivamente con el procedimiento, contenidos puros no empíricos, sin antecedentes ni conocimiento previo de los contenidos experimentales. *La teoría del discurso racional* (en ella lo único realmente nuevo es la palabra "discurso"; si nos atenemos al tema, existió ya a lo menos desde la introducción del método eleático en la Academia fundada por Platón) se considera en condiciones de hacer esto. Robert Alexy ha sintetizado esa pretensión en una breve fórmula. Según esta teoría, dice él, "un enunciado normativo es correcto [...] cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, el del discurso racional" (*puede* ser, ¡no es!)[29]. ¿Cómo ha de entenderse esto?

Jürgen Habermas ha argüido contra Rawls que las tareas que deben ser resueltas en argumentaciones morales no pueden ser llevadas a cabo

---

28 Comprobación en P. Koller. "Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen", en L. Kern/H. P. Müller (Eds.). *Gerechtigkeit*, *Diskurs oder Markt; Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, 1986, pp. 28, 33.

29 R. Alexy. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der Juristischen Argumentation", en *RTh*-Beiheft 2 (1981), pp. 177 y ss., 178.

con monólogos sino que exigen un *esfuerzo cooperativo*[30]. La argumentación moral sirve la finalidad de reconstruir un consenso perturbado. Pues conflictos en la esfera de interacciones orientadas por normas se remiten directamente al acuerdo normativo perturbado. La réplica de que esa objeción no es pertinente, pues en la *original position* rawlsiana cada participante tiene que poder justificarse frente a cualquier otro cuando pretende prioridad ética de su orden de pretensiones de validez, no es convincente[31]. Desde luego él tiene que justificar esto, pero al hacerlo así queda sin duda en el "papel del solitario"[32]. Aunque habría de preguntarse si la objeción de Habermas contra Rawls no se regresa contra él mismo, pues también en su obra el discurso y el consenso idealmente logrados no existen en la realidad, sino son ficticiamente supuestos. Tampoco existe un consenso real, según esa teoría. La idea de una comunidad de argumentación libre, que fue fundamentada por Peirce, tiene sólo el carácter de una idea regulativa que sirve a la *pretendida validez* de la reconstrucción argumentativa. Un supuesto consenso, una supuesta validez, debe ser tratado como si previamente el consenso de toda esta aseveración se pudiera confirmar. Ese consenso no puede ser conseguido de facto, más bien será supuesto en la pretensión fáctica de validez, por tanto se simulará. No es posible ampliar aquí más el tema.

El mismo Habermas[33] se plantea la tarea de lograr contenidos verdaderos o correctos desde el *proceso de comunicación racional*. El no desconoce que sólo un consenso *fundamentado* puede ser criterio de verdad o corrección. ¿Pero qué legitima el consenso? La respuesta tendría que ser concebida así: un consenso sobre el consenso. Puesto que eso, sin embargo, podría conducir a un regreso indefinido, Habermas busca y caracteriza otra vía. La centra en la "fuerza del mejor argumento", el cual sólo puede demostrarse mediante las cualidades *formales* del discurso y no por *algo*

30 J. Habermas. *Moralbewusstsein und kommunikativen Handelns*, 1983, pp. 76 y s.

31 L. Kern. "Von Habermas zu Rawls; Praktischer Diskurs und Vertragsmodell im entscheidungslogischen Vergleich", en Kern/Müller (Eds.). *Gerechtigkeit* (nota 28), p. 93.

32 En una conexión un poco distinta W. Hassemer. "Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik", en *JbRSozuRTh*, T. 2, 1972, p. 474.

33 Ver para lo siguiente J. Habermas. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 127 y ss.

que esté en la base de la síntesis argumentativa o se *introduzca* a ella desde *afuera*. ¿Y qué son entonces esas cualidades formales del discurso en busca de consenso que lo acreditan como criterio de verdad y corrección? Adhiriéndose a Stephen Toulmin[34] percibe Habermas esos criterios en una *situación ideal de habla*: oportunidades de igualdad para todos los participantes en el discurso, libertad de expresión, ningún privilegio, veracidad, ausencia de coacción.

Efectivamente, deberían encontrarse en esto las condiciones formales esenciales de un discurso racional. ¿Pero de qué manera produce él la verdad o la corrección de un *algo* (hechos empíricos, normas jurídicas), cuando precisamente no yace en su base ningún algo? ¿No tenemos aquí de nuevo esa misteriosa generación espontánea de la materia desde la forma que ya se evocó en Kant? Lucian Kern ha demostrado en forma convincente que el modelo de Habermas no resulta ni puede resultar[35]. El señala en forma concluyente que el principio del mejor argumento o del más bueno posibilita en verdad una solución, pero en razón de que Habermas no da ninguna indicación sobre cuál es la base del mejor (más bueno) argumento, esa solución es arbitraria. Cosa distinta en Rawls, de cuyo principio de diferenciación se puede deducir una prioridad ética de determinados argumentos frente a otros (a la persona peor situada se le concede el argumento prioritariamente decisivo); en Habermas no hay criterios de prioridad y en consecuencia su construcción de un discurso práctico conduce a un "principio vacío".

Habermas, según Kern, "se da por satisfecho con que cada discurso proporcione, con base en el mejor argumento, una solución, pero sin suministrarnos indicaciones de cómo puede parecer esa solución en un caso concreto. Dicho más exactamente: por qué algún meta-orden individual recibe la máxima prioridad". Para eliminar esa indeterminación en la construcción del discurso sería necesaria una teoría de la prioridad, pero Habermas no la plantea.

9. *Continuación: la ética del discurso*

En época reciente, como se observó en las páginas 313 y siguientes, se ha

---

34 S. Toulmin. *Der Gebrauch von Argumenten*, 1978.
35 L. Kern. "Von Habermas" (nota 31), p. 84.

formado, como contraposición a la ética tradicional de las virtudes y los bienes, la ética discursiva (ética procedimental, ética guiada por reglas). Esta ética del discurso es hoy el tema más discutido de la ética y la filosofía del derecho *formalista* (el tema central de la ética y la filosofía del derecho *material* en el presente es la bioética; sobre esto en el capítulo XX). La ética discursiva ha puesto en cuestión casi todo lo que hasta ahora era válido en ética y derecho. Según una formulación de Apel[36], se trata con esto de preguntar si en la actualidad se puede dar un paradigma posmetafísico de la filosofía primera, y él responde afirmativamente esa pregunta. Una filosofía primera de este estilo (ésta fue conforme a la tradición la metafísica) se encontraría en el ámbito del paradigma lingüístico. La vieja filosofía, especialmente Descartes y Kant, no habría tenido en cuenta que para la formulación y difusión de pensamientos sería necesario un lenguaje común. En cambio Apel plantea justamente la ética del discurso que se apoya en la acción comunicativa. El problema de la normatividad ética, prosigue Apel, presupone una ilimitada comunidad de argumentación y que los pensamientos y argumentos allí practicados no sean más deducibles, por esa razón fundamentados finalmente. ¿Qué, se pregunta, era tan falso en la ética tradicional?

El imperativo categórico de Kant era ya, como se indicó en las páginas 321 a 323 y 466 s., una regla de procedimiento. Es por esto completamente consecuente que los representantes de la ética discursiva (ética orientada procesalmente) invoquen el imperativo categórico. Habermas, por supuesto, hace una reformulación del imperativo categórico. En adhesión a T. A. McCarthy señala: "En lugar de prescribir a los demás como válida una máxima, que yo quiero se convierta en una ley universal, tengo que presentar a los demás mi máxima con el fin de que sea sometida a la prueba discursiva su aspiración de universalidad. El peso se desplaza de aquello que cada uno (individuo), puede querer sin contradicción como ley general, a esto que todos en acuerdo quieren reconocer como norma universal"[37]. La diferencia

---

36 K.-O. Apel. *Diskurs und Verantwortung; Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, 1988.

37 J. Habermas. *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*, 1983, pp. 53 y ss.: "Diskurs-ethik-Notizen zu einem Begründungsprogramm"; aquí pp. 77, 122, nota 42 (de McCarthy). Semejante K.-O. Apel. *Diskurs* (nota 1), pp. 192 y ss., 440 y ss.

de las dos formulaciones es que en Kant el imperativo categórico representa un procedimiento monológico, mientras, por el contrario, en Habermas uno comunicativo y cooperativo. Común a ambas versiones es la invocación al principio de universalización.

La ética del discurso se comprende, en todo caso según Apel, no como una "ética especial para discursos argumentativos" sino como una "ética de la responsabilidad solidaria de los que pueden argumentar por todos los problemas susceptibles de discurso del mundo de la vida"[38]. Debería pensarse que esa definición no es tan fundamentalmente distinta de la ética tradicional. Esta sería, sin embargo, una visión miope. En efecto, la ética discursiva emprende un claro distanciamiento de la ética aristotélica-tomista, pero también básicamente de la ética kantiana. La pregunta retórica en el título de un ensayo de Apel es típica: "¿Puede una vez más el punto de vista poskantiano de la moralidad ser 'suprimido' en la ética substancial?"[39]. Se rechaza toda forma de doctrina de virtud y de ética substancial. Y mientras en el núcleo de la ética aristotélica-tomista se encuentran las cuestiones acerca del "bien y el mal", la "vida buena", el "mundo vital", interesa sólo en la ética del discurso lo relativo a lo "correcto-incorrecto", en donde la cuestión sobre lo que es correcto o incorrecto únicamente se ordena conforme a las reglas *formales* del discurso.

Qué es "correcto" lo decide el consenso de quienes se encuentran en una "comunidad ideal de comunicación" (Apel), en la "situación ideal de habla" (Habermas) o en un "auditorio universal" (Perelman)[40]. Una norma es universalizable (una regla, un modelo de conducta, etc.) cuando puede ser aprobada por todos. No es posible engañarse sobre que el consenso de todos, o siquiera el de todos los seres razonables (¿quién decide y conforme a qué reglas, quién es "razonable"?) no se conseguirá jamás, como tampoco

---

38 K.-O. Apel. *Diskurs* (nota 36), p. 116; ver también 255.

39 K.-O. Apel. "Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit 'aufgehoben' werden?", en W. Kuhlmann (Ed.). *Moralität und Sittlichkeit; Das Problem Hegels und die Diskursethik*, 1986, p. 217.

40 K.-O. Apel. *Diskurs* (nota 36), *passim*; J. Habermas. *Vorstudien* (nota 33), por ejemplo pp. 174 ss.; Ch. Perelman. *Über Gerechtigkeit* (del francés), 1967, pp. 159 y ss.

sobre que alguna vez se dé la "situación ideal de habla", "la comunidad de comunicación ideal", o el "auditorio universal". Todo esto se sucede sólo en las operaciones mentales del ético del discurso. Este proceso intelectual, que es tan ficticio como es ficticia la teoría del contrato social, es *puramente formal*, carece de contenido; como Habermas hace presente, nada puede infiltrarse desde "afuera" en el discurso[41]. La fundamentación formal de juicios morales y jurídicos correctos debe garantizarse sobre todo mediante la observancia de la racionalidad formal (y con esto se relaciona que la ética discursiva contraponga a la teoría de correspondencia con la verdad la teoría del consenso de la verdad)[42]. Mediante el formalismo de la ética del discurso deberá evitarse el sofisma naturalístico. El temor al círculo es lo que impide a los éticos del discurso, como también a los constructivistas, llegar a la materia. El principio de universalización debe igualarse a la generalización, lo que significa: casos semejantes sacados a la luz deben patentizar su tipicidad, el juez deberá ser una persona objetiva[43]. Lo último es una ficción desenmascarada hace mucho tiempo por la hermenéutica, de la cual nunca podrá decirse que sea una ficción razonable.

La importancia principal de la ética discursiva se basa en la convicción de que sólo reglas *formales*, por ejemplo, la de una "situación ideal de habla"[44], pueden decidir sobre la corrección del consenso alcanzado en el discurso, el cual, como confiesa el mismo Habermas, de todos modos sólo se logra la mayoría de las veces cuando se trata de problemas muy abstractos; entre más concretos son los problemas, menos fácil se consigue el con-

---

41 J. Habermas. *Vorstudien* (nota 33), pp. 127 y ss. Ver además H. Rüssmann, en *RTh*, 10 (1979), p. 112. También Apel subraya siempre de nuevo que el discurso no es de contenido, sino que expresa un procedimiento; ver, por ejemplo, *Diskurs* (nota 36), p. 119.

42 Sobre la teoría de la verdad ver en las páginas 490 y siguientes.

43 Sobre prescriptivismo en el sentido de Hare ver R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed., 1991, pp. 106 y ss. Ver también U. Neumann. *Juristische Argumentationslehre*, 1986, pp. 46 y ss.

44 Ver sobre esto A. Kaufmann. "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*; Festschrift für Karl Peters, 1974, pp. 46 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 141 y ss. Digno de atención, recientemente, R. Lamprecht. *Vom Mythos der Unabhängigkeit; Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, 2ª ed., 1996.

senso[45]. Naturalmente cabe suponer la objeción de que también ignorantes puedan decidir sobre la corrección de juicios normativos y de que la corrección del consenso es sólo una cuestión de mayoría, no de contenido. Lo que todos –o casi todos– después de detallada discusión consideran verdadero es la verdad. La verdad será *elaborada*. Pero la teoría discursiva se asienta perfectamente, de manera implícita e indirecta, en el postulado de la justicia y de la igualdad de trato[46]. Y tampoco es de ninguna manera cierto que cualquiera pueda ser participante en el discurso. Y puesto que la ética del discurso se afirma en la razón formal, no se puede, como dice Apel, "equiparar nunca el consenso de los participantes del discurso con el consenso de todos los afectados"; capaces de consenso son más que nada sólo aquellos que entienden argumentar racionalmente[47]. Por consiguiente, el discurso sólo puede realizarse entre participantes de la misma categoría.

En la ética del discurso es sobre todo problemático el logro formal-ideal de un consenso. Como ya se indicó arriba, no existe la "situación ideal de habla" y exactamente lo mismo ocurre con la "comunidad de comunicación ideal" de Apel, por lo cual él no estima realizable para el "tiempo intermedio" una ética del discurso genuina[48]. Tomado en forma literal, es

---

45 J. Habermas. *Moralbewusstsein* (nota 37), p. 85. También K.-O. Apel. *Diskurs* (nota 36), pp. 380 y ss. En problemas de riesgo (y estas son hoy las cuestiones éticas más importantes) no existe en absoluto, como lo demuestra Birgit Kleinwellfonder, la posibilidad de consenso: *der Risikodiskurs: zur gesellschaftlichen Inszenierung von Risiko*, 1996, *passim* (más detalladamente en el capítulo XX).

46 R. Alexy (como ejemplo): *Theorie* (nota 43), pp. 36 y ss.

47 K.-O. Apel. *Diskurs* (nota 36), p. 272; ver también 279; se pregunta "la opinión del experto". Sobre el problema de la denegación del discurso y el temor al consenso, ver *Ausführungen*, pp. 448 y s. (en mi opinión no muy convincente). La conclusión de Apel (en la cita mencionada), según la cual una negación del discurso no puede contarse como contraargumento frente a la fundamentación final trascendental, porque la posibilidad de rechazo del discurso sólo puede ser sostenida como argumento por alguien que no rechace el discurso (sofisma performativo), es rabulesca y ajena a la realidad. Naturalmente yo puedo rechazar con argumentos racionales un discurso que se atribuye la capacidad de ofrecer fundamentaciones finales.

48 K.-O. Apel. *Diskurs* (nota 36), p. 10. Con esto se relaciona también la introducción de un "principio complementario" al principio de universalización; ver pp. 142 y ss., 299 y ss., 465 y ss.

también ineludible en la teoría del discurso aceptar como "correcto" incluso el mal consentido (la ley ignominiosa expedida conforme a la Constitución), por la mayoría (la aprobación de *todos* que exige Wienfried Hassemer[49] no se dará nunca). Los teóricos del discurso buscan eludir esa consecuencia mediante un llamamiento a la justicia y el principio del trato igual, ciertamente sin fundamentarlo más de cerca. Pesa todavía más que eso que el consenso a que aspiran las teorías del discurso es siempre ficticio únicamente. Conforme al principio de la argumentación, sale el discurso racional de una comunidad de argumentación, en la cual todos los argumentos son permitidos. Esta concepción, de una comunidad de argumentación e investigación libre, desarrollada especialmente por Charles S. Peirce, tiene en verdad el carácter de una idea regulativa que sirve a la reconstrucción argumentativa de la validez *pretendida*. Una *pretendida* validez deberá ser tratada como si el consenso pudiera confirmar primero ese aserto. Sin embargo, ese consenso no se alcanza de facto, pero él se subordina a la exigencia fáctica de validez[50]. Esto importa, como ya se dijo, pues el discurso ideal es sólo un proceso mental, que sólo tiene lugar en las cabezas de los éticos discursivos y que por principio no tiene ningún contenido (ver arriba pp. 482 y ss.).

Cuando Apel realza el prestigio de "mil conferencias"[51] habría que responderle que a lo largo de la historia se han celebrado miles y miles de conferencias sobre ética y justicia y que permanentemente se celebran tal clase de conferencias. Pero estos no son discursos ideales sino *discursos reales* que no se orientan por un principio formal sino en la *experiencia* empírica. Ella produce una *pluralidad de puntos de vista*, la cual fomenta más el esclarecimiento de la verdad que la ética del discurso adversa al pluralismo. Nosotros tenemos, afortunadamente, no sólo *una* ética ni sólo *una* filosofía del derecho sino una pluralidad de éticas y filosofías del derecho las cuales

---

49 W. Hassemer. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, p. 132.

50 Ver sobre esto A. Kaufmann. *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2ª ed., 1992, pp. 32 y ss. (Hay edición en lengua española, *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, Bogotá, Ed., Temis, 1992; 2ª ed., 1998).

51 Me remito a W. Schmid. "Auf der Suche nach einer neuen Lebenskunst", en *Süddeutsche Zeitung*, agosto 8 de 1990.

compiten entre sí para aproximarse lo más que sea posible a una verdad y una justicia inalcanzables. Tales éticas y teorías de la justicia reales son necesariamente de *contenido*, y puesto que los contenidos provienen de la experiencia no ofrecen ninguna fundamentación final sino siempre sólo juicios problemáticos, decisiones riesgosas.

Puesto que la ética discursiva sólo admite a los participantes en el discurso que estén en condiciones de argumentar formal-racionalmente (se indaga, como se dijo, la opinión del experto), es ésta elitista y discriminatoria. ¿Qué pasa con aquellos que no son admitidos al discurso o que de ningún modo pueden participar en él, como por ejemplo futuras generaciones de cuyo bienestar se trata? ¿Están ellos privados de derechos? A pesar de que no se contabilice a los no argumentadores y se elimine a los insensatos, puede ahorrarse a la ética del discurso la acusación de inhumanidad e imperialismo de la razón, con la indicación de que esa clase de discurso no se sucede en ningún caso en la realidad.

Lo otro que tiene que preguntarse es cómo la ética discursiva, que puede funcionar muy bien en un ámbito macro-ético, puede llegar a realizarse en la micro-ética, es decir, allí donde se exige la *toma inmediata de decisiones* y donde la situación puede entrar en conflicto con la reglas establecidas. Acto seguido, hay que pensar que existan decisiones no susceptibles en absoluto de universalización, por ejemplo, la decisión de un médico que debe elegir entre uno de dos heridos graves a cuál de ellos conecta en el único aparato de reanimación existente y a cuál deja morir; semejantes decisiones se mueven en un espacio libre de valoración y universalización[52].

La crítica más fundada de la ética discursiva proviene ciertamente de Charles Taylor[53]. Su tesis principal se expresa así: "Yo afirmo [...] que todas las teorías que dan preeminencia a la pregunta sobre lo correcto en realidad se apoyan en una idea del bien y ciertamente en dos sentidos diferentes: a) Que lo requiere la articulación de esta idea; y b) Que cada intento de aferrarse a una teoría de lo correcto, sin respaldo en una teoría de lo bueno, está condenado al fracaso". El dirige a la ética del discurso la

---

52 Ver sobre esto arriba capítulo XV.

53 Ch. Taylor. "Die Motive einer Verfahrensethik", en *Moralität* (nota 39), pp. 101 y ss.

pregunta de por qué debe ser obligatorio que "determinado procedimiento, desempeñando una posición especial, logre consecuencias". El mismo Taylor parte por ello de comprender positivamente la *conditio* humana, para lo cual se necesita una determinación de contenido no sólo lógico-procesal de lo éticamente correcto. Taylor aboga entonces de nuevo por una ética de lo bueno en lugar de una ética de las reglas. Frente a la ética procesal sostiene "que la subsunción de lo bueno bajo lo correcto –un signo esencial de la ética procesal–, finalmente es insostenible"[54]. Para fijar un catálogo de reglas verdaderamente universal estima Taylor insuficiente nuestra capacidad de juicio moral. El poder de juicio moral se basa esencialmente en la prudencia y no tanto en la racionalidad formal. Las normas nunca pueden ser libres de contexto, sino que deben tener en cuenta su "lugar en la vida". (También Paul Ricoeur habla de *universels potentiels ou inchoatifs*, universales potenciales o incoativos)[55]. Con ello también quiere Taylor, en especial, salvar el pluralismo poco apreciado por los teóricos del discurso. Como resultado de sus reflexiones aclara Taylor "que la construcción metaética de una ética procesal estricta, orientada en principios formales sin precedente enlace con un concepto de lo bueno, es insostenible"[56].

Pero con el fin de que no se produzca ningún malentendido es preciso encarecer que el discurso para obtener juicios normativos es irrenunciable. Mas en lugar del discurso ideal (inalcanzable) es necesario el discurso *real* que tenga contenido (estos no tienen que ser contenidos substanciales), los cuales no son idénticos a los procedimientos; más bien existen ya antes de los procedimientos, aunque todavía considerablemente informes, para obtener luego en la forma del procedimiento el *objeto discursivo* (más

---

54 *Ibid.*, pp. 119 y ss. En sentido análogo también R. Spaemann. *Glück und Wohlwollen; Versuch über Ethik*, 1989, pp. 177 y ss.; E. Tugendhat. *Probleme der Ethik*, 1984, pp. 108 y ss.; O. Höffe. *Kategorische Rechtsprinzipien; Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, pp. 331 y ss. La diferenciación entre motivos buenos y malos es una cuestión de prudencia.

55 P. Ricoeur. *Soi-même comme un autre*, 1990, p. 237. Ver, del mismo, *Liebe und Gerechtigkeit*, 1990, p. 45: "Es importante subrayar la dimensión supra ética del predicado 'bueno'"; ver pp. 108 y s.

56 Ch. Taylor. "Motive" (nota 53), p. 133.

detalladamente en pp. 506 y s.). Tampoco los éticos discursivos pueden renunciar al contenido de la experiencia[57], pues los contendientes tienen que ser competentes. Como ya se observó, un discurso real, fundamentado en la experiencia de la vida práctica, no puede jamás proporcionar fundamentaciones finales. Sólo puede ofrecer recomendaciones a los hombres. La *decisión* tiene que tomarla finalmente el individuo mismo o los muchos individuos, el legislador; él no puede esperar a una "fundamentación final". La ética del discurso se ve imposibilitada para hacer justicia a la historicidad y contextualidad de todos los juicios normativos, una experiencia que conduce necesariamente a la evidencia de que la filosofía no puede proporcionar ninguna fundamentación universalmente obligatoria para una teoría de la justicia. La idea del derecho ha de buscarse aquí abajo en nuestro mundo; con una "fundamentación final pragmático-trascendental" ella no alumbrará nunca jamás. Ciertamente, *fundamentado finalmente* sólo indica que no hay más procedimiento racional. Pero esto significa entonces que no se puede hablar más sobre la materia. Esa fundamentación final tiene semejanza con la eficacia jurídica de una sentencia judicial: no hay más instancias, *Roma locuta causa finita*. Puesto que el tribunal no está sólo obligado con la justicia sino todavía más con la paz jurídica, también una sentencia inexacta tiene validez. Algo de ese estilo, en cambio, no puede darse en un discurso científico. Está excluido por completo que un procedimiento cognoscitivo científico que ha conducido, como después se ha evidenciado, a un resultado falso no pueda ser admitido más con la alegación de que ese falso resultado no puede ser de nuevo objeto de un discurso racional.

Al fundarse el discurso real ante todo en la experiencia, se basa entonces en buena parte en la *inducción*. Y el problema de la universalización desemboca en la pregunta de si hay una conclusión inductiva justificada. David Hume ha dicho que una inferencia tal no existe, y Wolfgang Stegmüller ha resumido el punto de vista de Hume en una frase: "No hay

---

57 Ver O. Höffe. "Politische Gerechtigkeit; Ein Problemaufriss"; en K. W. Hempfer/A. Schwan (Eds.). *Grundlagen der politischen Kultur des Westens*, 1987, pp. 301 y ss.

ningún medio de conservar la verdad en inferencias ampliadas"[58]. Aun cuando se aceptara esto, no es desde luego necesario aprobar a Peter Eisenhardt, Dan Kurth y Horst Stiehl, según los cuales el problema de la generalización no es en absoluto un problema científico sino un problema del poder "que nosotros queremos ejercer sobre la naturaleza, el poder de dominar el pretendido caos total, someterlo a un esquema", un problema que supuestamente Nietzsche ya debió haber reconocido claramente[59]. Sin duda la generalización tiene que ver con el poder, exactamente así como toda individualización, pues en la realidad sólo existen análogos más o menos semejantes o desemejantes, a consecuencia de lo cual también la aplicación del derecho, como así mismo la legislación como *ordenamiento* igual o desigual de sólo parcialmente iguales y desiguales constituye un acto de poder. Pero por eso no se puede desconocer que generalización, equiparación, abstracción son imprescindibles para todo pensar y actuar, y del mismo modo también imprescindibles para una ciencia racional. Sólo que no se debe quedar detenido en eso, sino abrirse hacia el tipo, hacia lo concreto, hacia la vida, a los contenidos[60]. El discurso racional real sólo puede entenderse como *argumentación en sistema abierto*.

IV. LAS TEORÍAS DE LA VERDAD

Las principales debilidades de las teorías *puramente* procesales, en especial de la teoría del consenso, se encuentran en el supuesto de poder pasarse sin experiencia, sin algo de contenido. Esto tiene que ver con la concepción de verdad que les sirve de base (se trata aquí sólo del pensamiento intencional no del pensamiento reflexivo; ver Ellscheid, arriba pp. 472 y ss.). Estas corrientes tienen de común que rechazan la llamada teoría de la *correspon-*

---

58 Citado conforme a P. Eisenhardt/D. Kurth/H. Siehl. *Du steigst nicht zweimal in denselben Fluss; Die Grenzen der wissenschaftlichen Erkenntnis*, 1988, p. 59.

59 Eisenhardt y otros. *Fluss* (nota 58), p. 59.

60 Más detalladamente sobre esto (con numerosas referencias) A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache"; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982, *passim*; importante también K. Engisch. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968.

dencia de la verdad, conforme a la cual entre proposiciones o asertos y un mundo siempre asequible de la realidad existe una correspondencia (la antigua fórmula: *veritas est adaequatio intellectus et re*). Habermas opina que la teoría de la correspondencia contiene una autocontradicción, pues allí nosotros al término "realidad" no podemos imputarle otro sentido distinto que aquel que vinculamos con enunciados sobre hechos y que comprende el mundo como compendio de todos los hechos, siendo la relación de correspondencia entre los enunciados y la realidad de nuevo sólo determinable mediante enunciados; la teoría de correspondencia de la verdad busca inútilmente escapar de la esfera de la lógica del lenguaje, sólo dentro de la cual las pretensiones de validez de actos de habla pueden explicarse[61]. Visto así, carece de importancia que la verdad se apoye en cualquier relación con *algo* (no hay, según esta comprensión, ningún *algo* en el discurso) del que pudiera decirse que sería verdadero. Sólo interesa la relación de enunciados: *teoría consensual de la verdad*.

La principal objeción contra esta teoría consensual reside en que el esclarecimiento de la verdad llega a ser así un negocio concluido consigo mismo, que sirve para legitimar como verdad aun las mentiras consentidas formalmente correctas (todo los enunciados concuerdan entre sí). Puede también explicarse en fenómenos contradictorios, en el error. La falta de un consenso no prueba, ni siquiera es un indicio, de que todos o algunos estén en el error. Es posible lograr un consenso de que un determinado enunciado es erróneo; pero también un consenso semejante debe tener un contenido, pues que al consenso le baste el presupuesto de la situación conversacional ideal nada dice acerca de "qué" cosa allí puede ser errónea. Error que precisamente puede ser, lo mismo que la verdad, error sobre "algo". Cuando se diga, en contrario, que en esta argumentación se encuentra una autocontradicción, puesto que a nosotros la "realidad" se nos da siempre sólo en enunciados (o percepciones), deberá contestarse lo que también sobre la teoría jurídico-penal subjetiva del juramento (aquí lo

61 J. Habermas. *Vorstudien* (nota 33), pp. 127 y ss., 149 y ss. Ultimamente se observa en Habermas una cierta aproximación a la teoría de la convergencia; ver *Faktizität und Geltung* (nota 10), pp. 24 y ss., entre otras.

importante para la verdad de un enunciado no es la relación de palabra y realidad sino de palabra y saber); ante cada enunciado se responde: tanto como yo sepa. Cada enunciado expresa sólo la representación de quien lo enuncia, y puesto que esto es así nada significa para la controversia la objeción formulada por Habermas. La objeción confunde el origen de un enunciado (este es importante para el valor probatorio) con el contenido del enunciado (este es importante para la verdad).

Quien determina la teoría del discurso de manera puramente formal debe admitir con honradez que un discurso semejante sólo puede justificarse para la comprobación de un consenso realizado formalmente de modo correcto, pero no para la comprobación de la verdad (exactitud) de algo. Hay buenos motivos para apoyar la validez de las normas jurídicas sólo en un consenso realizado formalmente de manera correcta, puesto que un consenso de esta índole procura cierta presunción de la exactitud del contenido (presumiendo que los participantes en el discurso dispongan de la suficiente *experiencia objetiva*), pero más no. No hay entonces un buen motivo para conceptuar sobre un consenso de esta clase que predica la verdad, mucho menos la fundamentación última de la verdad[62]. Esto no lo da aquí la teoría del consenso. Solamente cuando ella determine en cuanto al contenido y se amplíe hacia un modelo de convergencia pueden obtenerse también consecuencias en su contenido. El criterio apropiado para la verdad o corrección de un enunciado no es, pues, la existencia de un consenso sino la circunstancia de *que muchos sujetos independientes entre sí alcancen con relación al mismo* (!) *asunto conocimientos convergentes objetivos*. El funda-

---

62 Contra la teoría del consenso ha esgrimido O. Weinberger importantes objeciones: un consenso no sería comprobable, la teoría del consenso no tiene en cuenta los intereses de las personas no aptas para el discurso (por ejemplo, futuras generaciones), no garantiza la verdad, no considera que los objetores a menudo cumplan un papel decisivo en el encuentro de la verdad; entre otras en "Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik", en *RTh*-Beiheft 2 (1981), pp. 147 y ss.; del mismo, "Der Streit um die praktische Vernunft", en *ARSP*-Beiheft 51 (1993), pp. 30 y ss. Merecedora de atención es también la frase de Hans Jonas: "Un consenso vinculante sobre corrección y falsedad no es posible tenerlo en la filosofía ni es tampoco deseable. Sería la muerte de la filosofía". *Philosophie*, *Rückschau und Vorschau am Ende des Jahrhunderts*, 1993, p. 8.

mento de esta que yo llamo *teoría convergente de la verdad* (se acepta de nuevo la antigua idea de la *teoría de la coherencia*)[63] se encuentra en la consideración de que el momento subjetivo en cada conocimiento procede de una fuente distinta, mientras el momento objetivo, por el contrario, procede *del mismo ente*. Contraponer los momentos subjetivos los debilita mutuamente o los elimina; los momentos objetivos, en cambio, se remiten todos al punto de unidad del ente y se demuestran así como fundados. Convergencia no es, por tanto, como la simple acumulación de opiniones subjetivas, una especie de "opinión dominante", sino la ordenación de diversos conocimientos procedentes de distintos sujetos e independientes entre sí, del mismo ente. En este sentido puede decirse que la convergencia es no sólo un medio para el conocimiento de lo concreto sino también *criterio de la verdad*. Sólo en una teoría de la verdad así entendida es, de otra parte, armonizable una *falibilidad pragmática*, que exige en el punto de convergencia de las opiniones falibles un conocimiento objetivo (no malinterpretar objetivo como substancial), mientras que el falibilismo absoluto en el sentido de Popper tiene en último término que caer en el vacío[64]. Con esto no hemos retornado a la teoría pura de la correspondencia y al pensamiento ontológico-substancial. Nosotros nos aferramos al punto de vista procesal, conforme al cual los conocimientos de lo normativo ¡también! son *producto del sujeto cognoscente*. Pero no admitimos tampoco el punto de vista nominalista y funcionalista de la teoría pura del consenso, según el cual los conocimientos de lo normativo no tienen nada de objetivo en cuanto al contenido. La teoría de la convergencia asocia más bien entre sí los criterios parciales de la teoría de la correspondencia y la teoría del consenso, y los conduce de esta manera hacia una unidad. Con esta medida se puede desde todo punto hablar de que la verdad *también* se "elabora" (Karl-Otto Apel). En todo caso, la expresión sobre una "posesión" de la verdad es inadecuada.

Contra la teoría de la convergencia se podría objetar que el alinderamiento entre criterios procesales y objetivistas plantea un problema difícil

---

63 Ver sobre esto L. B. Puntel. *Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie*, 1983, pp. 172 y ss.

64 Ver H. F. Spinner. "Fallibilismus", en *Handbuch wissenschaftstheoretischer Begriffe*, editado por Josef Speck, T. 1, 1980, p. 225. Sobre el principio de falibilidad ver luego, pp. 504 y ss.

de superar. Hasta tanto se piense en un deslinde abstracto y general, no es refutable, en mi concepto, esa objeción. Una separación semejante, abstracta y general en el sentido del esquema sujeto-objeto no puede darse en la órbita de lo no substancial, en la esfera de lo relacional y personal. Por consiguiente, la teoría de la convergencia tampoco puede definir los criterios conforme a los cuales uno puede separar analíticamente lo objetivo de lo subjetivo en el conocimiento (aun en la ciencia natural esto no es ya posible en amplios sectores) sino que ella describe *el factum de la confirmación de lo objetivo frente a lo meramente opinable*. Esta confirmación se verifica sólo en procesos concretos de conocimiento jurídico. No en último término radica allí el propio carácter procesal del método de creación jurídica.

¿Pero cómo llegar a una confirmación semejante? El *medio* más importante para comprobar la *confirmación* de lo objetivo es el *consenso*. Pero el *fundamento* para la verdad (exactitud) del consenso no es el consenso (obtenido en forma ideal) sino la *convergencia*, como el criterio propio de la verdad (rectitud). Con esa norma podemos nosotros hacer propia la formulación de Wolfgang Naucke: "Consenso como fuente del derecho justo; derecho justo como límite del consenso"[65].

Resumiendo, puede decirse que la teoría del consenso de la verdad actualmente conserva todavía un puesto frente a sus competidores. Pero las voces que disputan a la teoría del consenso esa posición son cada día más numerosas. Que la teoría de la correspondencia con su fórmula de adecuación es vaga, imprecisa (¿qué significa *intellectus*, qué *res*, qué *adecuatio*?), e incluso aporética, difícilmente se puede negar. Pero, y esta es hoy la opinión de no pocos, la teoría de la correspondencia es el *punto de partida* desde el cual se tiene que despegar hacia el problema de la verdad. (Si no se interpreta ingenuamente la teoría de la correspondencia, el intelecto tendría que concebir el objeto tal como es "en sí", lo que ningún ser razonable hace, pues casi todos saben que nosotros sólo podemos tener una "imagen" del mundo. Russell dijo: *For the present we ask only*, *what ist truth [...] not*,

65 Este es el título de un ensayo de W. Naucke, en H. Hattenhauer/W. Kaltefleiter (Eds.). *Mehrheitsprinzip*, *Konsens und Verfassung*, 1986, pp. 47 y ss.

What beliefs are true? [...] It ist very important, to keep this different questions entirely separate[66].

O antes Peirce: *What do you mean by there being such a thing as Truth? You mean that something is so*[67]. Todavía un nombre grande, Wittgenstein: "En el retrato y lo retratado tiene que haber algo (!) idéntico, a fin de que lo uno pueda ser en general la imagen de lo otro"[68]. También Tarski parte de la teoría de la correspondencia y se esfuerza en precisar las condiciones de adecuación, al adaptar la corrección formal (ninguna contradicción) y la adecuación material. Popper se apoya de nuevo en Tarski, al emprender igualmente una precisión de la teoría de la correspondencia; lo que él llama la verdad es la coincidencia entre la realidad o la cosa misma y la dimensión del lenguaje (del conocimiento)[69].

---

66 Citado según Weingartner en *Handbuch wissenschaftlicher Begriffe*, T. 3, 1980, p. 680.

67 Ch. S. Peirce. *Collected Papers*, T. 3, p. 135.

68 L. Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, edición 1963, 2.161.

69 Mis fuentes de información son L. B. Puntel. "Wahrheit", en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, Vol. 6, 1974, pp. 1649 y ss., y Weingartner. "Wahrheit" (nota 66), pp. 680 y ss. Sobre el conjunto también L. B. Puntel. *Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie*, 1983.

CAPÍTULO DECIMONOVENO

Rasgos de una teoría material de la justicia fundamentada procesalmente

I. LITERATURA

Alexy, R. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *RTh*-Beiheft 2, 1981, pp. 177 ss.; Becker, W. "Kritischer Rationalismus und Legitimation des Grundgesetzes", en Brugger, W. (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, Vol. 4), 1996, pp. 317 ss.; Cattaneo, M. A. *Persona e Stato di Diritto*, 1994; Di Fabio, U. *Offener Diskurs und geschlossene Systeme*, 1991; Kaufmann, A. "Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen; Grundlegung einer personalen Rechtstheorie", en *RTh* 17 (1986), pp. 257 ss.; también en, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 281 ss.; del mismo, "Das Recht im Spannungsfeld von identität und Differenz", en *Recht als instrument van behoud en verandering; Obstellen aangeboden aan Prof. mr. J. J. M. van der Ven*, 1972, pp. 65 ss.; también en, del mismo, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993, pp. 161 ss.; Kevelson, Roberta (Ed.). *Peirce and Law; Issues in Pragmatism*, *Legal Realism*, *Semiotics*, 1991; del mismo, *Peirce*, *Science*, *Signs*, 1996; Löwenstein, A. *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff; Studien zur Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1915; Maihofer, W. "Recht und Personalität", en Haft, F. y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 219 ss.; Marck, *Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1929; Müller-Schmid, P. P. "Die Philosophie des 'Kritischen Rationalismus'", en *K. R. Poppers Konzeption der "offenen Gesellschaft"*, *ARSP* 56 (1970), pp. 123 ss.; Otto, H. "Methode und System in der Rechtswissenschaft", en *ARSP* 55 (1969), pp. 493 ss. (pp. 508 ss.: "Offenes System"); Peirce, Ch. S. *Collected Papers*, 8 Vols., 1931-1958; Popper, K. R. *Logik der Forschung*, 9ª ed., 1989; del mismo, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 2 Vols., 6ª ed., 1980; Schulz, L. *Das rechtliche Moment in der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Pierce*, 1988; Schwerdtner, P. "Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus", en *RTh* 2 (1971), pp. 67 ss.; Ueda, K. "Die prozedurale Gerechtigkeitstheorie von Arthur Kaufmann", en *Gestalten und Gedanken um das Recht*; Festschrift für Takeji Tsuneto zum 70. Geburtstag, 1991 (japonés); Ven, J. J. M. van der. "Freiheit und Person", en Philipps, L./H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 15 ss.; Zippelius, R. "Legitimation des Grundgesetzes aus der Verfassungskultur einer offenen Gesellschaft", en Brugger, W. (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IstudRuSt*, Vol. 4), 1996, pp. 435 ss.

II. EL VERDADERO ASPECTO BÁSICO DE LAS TEORÍAS PROCESALES

Las teorías procesales son hoy moneda corriente. Todo es proceso, incluso se habla de un "derecho natural procesal"[1]. Pero se tienen que mirar con exactitud. Bajo la bandera de las "teorías procesales" navegan hoy los más diferentes modelos. Robert Alexy ha dicho con precisión lo que él entiende por una teoría semejante: así, "un enunciado normativo es correcto o –bajo

1 L. Peschka. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1974, p. 104.

el supuesto de una teoría liberal de la verdad– verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, de un discurso racional"[2]. Esta puede llamarse "una teoría procesal cien por ciento". Para la corrección o verdad de un enunciado normativo importa únicamente que se haya logrado un consenso en un discurso racional. Para la lógica tradicional el juicio es la sede de la verdad, y para el pensamiento reflexivo lo es el concepto, mientras la teoría del discurso eleva ahora a sede de la verdad el proceso. Esto es muy parecido a una determinada versión de la teoría de la validez material, según la cual la eficacia jurídica origina constitutivamente la corrección de la sentencia. En este sentido, alguna vez un bromista escribió a un juez en el álbum de recuerdos del Tribunal del Reich: "Tú juzgas, y esto es importante, siempre la cosa juzgada y por eso correcta". Hoy ningún procesalista sostiene una teoría semejante. Y lo que resulta más sorprendente es que ahora los éticos del discurso remitan de nuevo a un punto de vista bastante análogo.

Se puede decir, naturalmente, que sólo una tal teoría ciento por ciento procesal es una teoría procesal. Este es un problema de regulación del lenguaje. En todo caso debe decirse en forma igualmente clara que aquí no habrá de presentarse ninguna teoría procesal pura de la justicia de ese género. Pero esto no se asocia en nada con las tesis de que las teorías procesales puras no tendrían ninguna justificación. Esto de todos modos difícilmente se plantea hoy. Más bien tiene que subrayarse que también una "teoría procesal materialmente fundada" tiene una justificación; su justificación consiste sencillamente en que también en ciencia y filosofía se tiene que hablar *sobre las cosas.* Se aprende también a pensar sólo en la materia del pensamiento y éste se acredita únicamente en su substancia. Lo repito una vez más: los contenidos del derecho y la justicia son demasiado importantes como para dejárselos sólo a los políticos, de suyo necesariamente parciales. ¿De acuerdo con qué pauta deben, pues, ellos determinar el "derecho justo"? Según la norma de la prudencia, se dice. ¿No pueden los científicos hacer esto mismo? El hecho de que no sea posible alcanzar ningún conocimiento apriorístico "fundamentado finalmente" sobre contenidos no debe servir

---

2 R. Alexy. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *RTh*-Beiheft 2, 1981, pp. 177 y ss., 178.

de disculpa (durante la dictadura era muy razonable desviarse hacia problemas formales inofensivos). Nunca estuvieron tan fuera de lugar como hoy personas temerosas del riesgo en posiciones responsables. Hay buenos motivos para desarrollar teorías formales. Pero no son ningún buen motivo cuando se quiere evadir la responsabilidad en cuanto al contenido de los enunciados (normativos).

Luego de lo dicho surge la pregunta sobre qué pueden lograr las teorías procesales de la verdad y la justicia. Sobre esto digamos primero que ellas como *modelo de pensar* son enteramente convenientes y útiles. Como tales tienen un valor *heurístico*. Se puede comparar esto con la fórmula usual para todo jurista de la *conditio-sine-qua-non*, con cuya ayuda nunca puede encontrarse una relación causal desconocida, pero que es muy apropiada para verificar la conformidad de una afirmación o negación de causalidad. Igualmente pueden servir las teorías procesales para el control de concordancia y plausibilidad. Acto seguido, y sobre todo, debe agregarse que las teorías procesales muestran desde todo punto de vista un aspecto correcto. Ciertamente emerge verdad (corrección) en la esfera de lo normativo (queda por resolverse si también en otras esferas) no sólo *mediante* procesos sino justamente *en* los procesos. Pues conocimientos de lo normativo son también siempre *producto del sujeto que conoce*, pero no son *sólo* producto suyo. No debe parecerse el proceso de la verdad a la empresa del barón de Münchhausen, de salir del pantano tirado de su propia trenza ("dilema de Münchhausen" o "trilema"). También el discurso normativo debe tener un "objeto" (aun cuando no substancial), un "tema". La debilidad de las teorías procesales *puras* consiste en que creen poder renunciar al contenido y a la experiencia, ellas *necesitan complementación*. En las consideraciones siguientes se intentará señalar cómo debe realizarse esto.

III. LOS TRES PRINCIPIOS BÁSICOS DEL CONOCIMIENTO RACIONAL VALORATIVO

El punto de partida es el *principio de razón*, y según Kant significa que la razón tiene que "someterse en todas sus operaciones a la crítica"[3]. De allí

3 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, B 766 y s.

surgen los tres pilares del discurso práctico (normativo): el principio de argumentación, el principio de consenso o de convergencia y el principio de falibilidad[4].

Conforme al *principio de argumentación*[5], el discurso racional se funda en una comunidad de argumentación libre en la que todos los argumentos son permitidos. Esta concepción, desarrollada sobre todo por Charles S. Peirce, de una comunidad de libre investigación y argumentación, tiene sin duda ahora sólo el carácter de una idea regulativa que sirve a la exigencia de validez de la reconstrucción argumentativa. Una pretendida validez se deberá tratar como si previamente el consenso pudiera confirmar toda clase de asertos. Este consenso no puede evidentemente ser alcanzado de facto, aun cuando él dependerá de la aspiración fáctica de validez. *Conocer* y *reconocer* se encuentran en Peirce, al contrario que en Kant, en un intercambio recíproco. El fin es la elaboración de intersubjetividad. Conforme a esto, un conocimiento es verdadero cuando se tienen en cuenta todos los fundamentos relevantes y cuando se puede pensar que todos lo aprobarían, en cuanto hayan comprendido esos fundamentos. La verdad, pues, no se puede separar de la intersubjetividad[6].

El principio de argumentación requiere ser complementado mediante el *principio de consenso* (éste mediante el *principio de convergencia*) y el *principio de falibilidad*[7]. Estos indican que ningún consenso es definitivo, que más

---

4 Ver sobre esto U. Anacker. "Vernunft", en H. Krings/H. M. Baumgarnter/C. Wild (Eds.). *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, T. 6, 1974, pp. 1603 y ss.

5 Sobre los problemas de argumentar jurídicamente ver en especial R. Alexy. *Theorie der Juristischen Argumentation*, 2ª ed., 1991; U. Neumann. *Juristische Argumentationslehre*, 1986. En relación con el desarrollo de una moderna teoría de la argumentación se ha producido también un renacimiento de la retórica; ver sobre esto especialmente Ch. Perelman. *Das Reich der Rhetorik; Rhetorik und Argumentation* (del francés), 1980; F. Haft. *Juristische Rhetorik*, 3ª ed., 1985; del mismo, "Juristische Hermeneutik und Rechtsrhetorik", en W. Hassemer (Ed.). *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, pp. 91 y ss.

6 Ver sobre esto el minucioso análisis de L. Schulz. *Das rechtliche Moment in der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce*, 1988, *passim*.

7 Para eso H. Albert. *Traktat über die Vernunft*, 3ª ed., 1975, pp. 36, 68, 183 y ss.; H. R. Ganslandt. "Fallibilismus", en J. Mittelstrass (Ed.). *Enzyklopädie*, *Philosophie und Wissenschaftstheorie*, T. 1, 1980, pp. 629 y s.; U. Schroth. "Philosophische Hermeneutik

bien cada afirmación, cada conclusión, cada argumento es básicamente falible, esto es, corregible por principio, con una excepción: el propio principio de consenso, el axioma de que ningún consenso alcanzado es definitivo, no es falible, pues si, por el contrario, fuera válido que un consenso definitivo pueda darse, esto sería lo contrario del principio del consenso. Con otras palabras: sobre las condiciones de la argumentación no es posible argumentar razonablemente.

Ahora bien, con el falibilismo ciertamente no es posible detenerse, es preciso argumentar. Pero el problema es qué se puede argumentar racionalmente. Según el "racionalismo crítico" de Karl R. Popper y sus discípulos[8], no es posible una fundamentación y verificación *positiva*, en el sentido de que un enunciado sea concluyente y esté obligatoriamente demostrado. Aun las leyes naturales formuladas por la ciencia serían en ese sentido estricto no verificables, puesto que siempre podríamos hacer infinidad de observaciones con el fin de probarlas (aunque millones de veces sólo se han observado cuervos negros, no puede excluirse que también existan cuervos blancos). Al contrario, sería ampliamente posible la *falsación* de enunciados y *contradecir* teorías, cuando ellas encallan ante los hechos[9]. Detrás se encuentra el pensamiento aportado por Peirce de que cuando en un largo período (*in the long run*) no es posible la falsación de un enunciado, una hipótesis, una teoría o algo semejante, la admisión de su verdad sería justificada, puesto que anula a largo plazo nuestros errores (¡aquí emerge otra vez la idea de la convergencia!).

Sin duda, es correcto que la falsación desempeña un papel destacado en la ciencia, muy especialmente en el derecho. Nosotros no podemos decir

---

und interpretationsmethodische Fragestellungen", en W. Hassemer (Ed.). *Dimensionen der Hermeneutik*; A. Kaufmann zum 60. Gerburtstag, 1984, pp. 77 y ss, pp. 85 y ss.

8 Sobre racionalismo crítico ver U. Neumann. "Wissenschaftstheorie der Rechts-wissenschaft", en A. Kaufmann/W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 388 y ss.

9 K. R. Popper. *Logik der Forschung*, 7ª ed., 1982, pp. 14 y ss. Sobre el problema de la falsación ver por ejemplo a W. Stegmüller. *Das Wahrheitsproblem und die Idee der Semantik*, 1957; A. Peczenik. *Grudlagen der juristischen Argumentation*, 1983, pp. 145 y ss.; U. Neumann. "Wissenschaftstheorie" (nota 8), p. 381 y ss.; U. Schroth. "Hermeneutik" (nota 7), *passim*.

qué es en definitiva "derecho justo" o qué son las "buenas costumbres", sólo podemos decir qué es sin duda injusto y qué decididamente inmoral[10]. También, en relación con el modelo estructural de la "sociedad abierta" y del "pluralismo teórico", ha logrado el racionalismo crítico de Popper notables progresos. ¿Pero puede una teoría práctica de la argumentación estar interesada sólo en descubrir errores mediante el "examen crítico" y la "línea fronteriza" (criterio Popper) y bajo la utilización exclusiva de la lógica deductiva? ¿De qué manera una y la misma razón está en condiciones de corregir errores, pero no de fundamentar verdad?

Con lo valioso que es el modelo de falsación para la ciencia y precisamente para la ciencia jurídica, es sin embargo imposible conformarse con lo conseguido. La ciencia práctica tiene la tarea no sólo de falsación sino que también tiene la de *fundamentar*[11], y para ello es indispensable la inducción[12]. Por supuesto, todos los argumentos que, conforme al principio de falibilidad, se introducen para fundamentar proposiciones son corregibles y jamás conducen, por tanto, a una verificación concluyente ("fundamento final"). Pero esto no debe entenderse como una invitación al escepticismo permanente. Cada participante en el discurso debe estar listo a aceptar una "saturación" de los argumentos[13]. El concepto correcto dentro de la reflexión filosófica de que ninguna fundamentación es definitiva no puede permitirse en el discurso, pues impediría todo entendimiento. En el discurso se deben aducir bases que apoyen un enunciado, teoría o norma problematizados o los destruyan. El principio propio del consenso, de que ningún consenso es definitivo, no puede aceptarse en esto como fundamento.

IV. EL OBJETO DEL DISCURSO

En primer término es importante la comprobación de que en los discursos

---

10 La conocida "fórmula Radbruch" del "entuerto legal" significa también una falsación, lo cual no se observa a menudo; para el texto de la fórmula ver pp. 352 y ss.

11 Acertadamente U. Neumann. *Wissenschaftstheorie* (nota 5), p. 382.

12 Ver R. Wittmann. "Induktive Logik und Jurisprudenz", en *RTh* 9 (1978), pp. 43 y ss.; concienzudamente W. Stegmüller. *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, T. 4, Primera Parte, 1973.

13 Sobre esto R. Alexy. *Theorie* (nota 5), pp. 301 y s.

normativos no hay *objetos substanciales*. Es falso, no obstante, deducir de allí que a tales discursos les falta por completo algo que, aun en estado fragmentario, existe fuera del discurso. Todo jurista sabe que no hay un proceso sin objeto procesal que le confiera identidad y que las diferentes reglas de los diversos procesos legales (civiles, penales, administrativos, etc.) se basan en las diferencias del objeto procesal. Mas también sabe que, de una parte, ese *objeto procesal* no se da ya terminado antes del proceso, sino que sólo en el proceso adquiere sus contornos precisos; precede de otra parte al proceso como un *suceso histórico con carácter de relación jurídica*. El objeto de las ciencias ético-normativas, la teoría de las normas, la ciencia del derecho, nunca son substancias sino *nexos*, *relaciones*. El gran paso que ha dado Peirce, a saber, de la lógica aristotélica y kantiana, que sólo conoció predicados de cualidad, a una lógica de predicados de relación, tiene todavía que ser realizado en la filosofía del derecho y la teoría del derecho[14].

Por cuanto la teoría del discurso sólo designa reglas *formales*, esto es, *cómo* se argumenta racionalmente –las condiciones de una "situación dialogante ideal"– ella sólo puede estar autorizada para la comprobación de que un consenso se ha producido formalmente de modo correcto, pero no puede afirmar el logro de la verdad (corrección) de un *contenido de algo*, por ejemplo, de normas. El discurso racional, que busca el consenso como tal, nada dice acerca de lo que es verdadero y correcto y tampoco *qué* debemos hacer nosotros. Este no reemplaza el saber y la experiencia de los interlocutores sino que presupone estas habilidades. Sólo hasta que los interlocutores en el discurso dan a éste un contenido, un "tema", que no es el discurso mismo (la mayor parte de las veces la fijación precisa del tema ocurre en el proceso del discurso), puede éste llevar a resultados verdaderos o correctos.

Esto es válido justamente para toda clase de consensos. *La identidad del objeto* (del contenido) es presupuesto básico para todo consenso. Un

---

14 Un primer intento: A. Kaufmann. "Vorüberlegungen zu einen juristischen Logik und Ontologie der Relationen; Grundlegung einer personalen Rechtstheorie", en *RTh* 17 (1986), pp. 257 y s.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 281 y ss. Pormenorizadamente ahora L. Schulz. *Das rechtliche Moment* (nota 6), *passim*.

consenso al que no subyace ningún objeto de identidad es un seudoconsenso y por ello carece de valor.

V. LA PERSONA COMO RELACIÓN BÁSICA DEL DERECHO

Nuestras reflexiones se han aguzado para la pregunta decisiva: ¿qué es de ahora en adelante el "objeto", *el tema*, del discurso de la justicia? Conforme a todo lo dicho hasta aquí, este "objeto" (de ninguna manera entendido como substancial) no puede encontrarse ni por completo fuera del proceso de creación jurídica ni enteramente en él, pues de otro modo habríamos caído nuevamente en la ontología substancial o en el funcionalismo. Necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo *ontológico* y *procesal*. Eso que se busca sólo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico, ni tampoco el hombre meramente como *noumeno* sino el hombre como *persona* (en sentido ontológico-relacional, no en sentido moral o antropológico), es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres y con las cosas[15]. Todo orden tiene un *carácter relacional* semejante[16]. Las relaciones personales del ser humano son aquellas que el discurso jurídico como tal identifica, pues en principio siempre se legitima el derecho del modo en que *a cada quien confiere competencia como persona*: el *suum iustum* (sobre todo con la *garantía de los*

---

15 Importantes trabajos preparatorios ha realizado en esto W. Maihofer. *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954; del mismo, "Recht und Personalität", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 219 y ss. Ver también L. Philipps. *Zur Ontologie der sozialen Rolle*, 1963. Recientemente, Ute Döpfer. *Die Ontologie der sozialen Rolle als Grundlage strafrechtlicher Entscheidungen*, 1994.

16 Ya en Tomás de Aquino se lee: "Ordo non est substantia, sed relatio", *Summa Theologica*, I, 116, 2.
Yo quiero agregar aquí una aclaración. El principio de Tomás de Aquino ha sido a menudo citado por mí. Esto ha producido ocasionalmente fruncimientos de cejas. Hermann Klenner ha escrito que yo mismo soy consciente de que para el aquinate vale "*substantia* y no *relatio* como *fundamentum et basis omnium aliorum entium*" (F. Haft y otros [Eds.]. *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, p. 177) ¡Si yo estaré consciente de eso! Ese es precisamente el motivo por el cual he citado la frase.

derechos fundamentales y humanos). Por eso ya había dicho Hegel que el mandamiento del derecho es: "Sed una persona y respeta a los otros como personas"[17].

Pero, entiéndase bien: persona no es substancia, persona es *relación*; más exactamente: la unidad estructural de *relatio* y *relata*[18]. En este sentido es persona el "cómo" y el "qué", "sujeto" y "objeto" del discurso normativo *en uno*; es tanto fuera como dentro de ese proceso discursivo, lo dado y lo perdido, pero ella no es estática e intemporal, ni tampoco discrecionalmente disponible en su forma dinámico-histórica. De allí se señala también que el círculo (*hermenéutico*) funda toda comprensión en la persona del hombre y por ende es insuprimible. Y desde este punto de vista se percibe con claridad que la teoría de la convergencia de la verdad no es un tercero frente a la teoría de la correspondencia y del consenso, sino más bien su razonable conexión.

Elaborar en concreto una *teoría procesal de la justicia basada en la persona*, de este estilo, no puede ser sólo tarea de la filosofía del derecho sino una causa de todos aquellos a quienes está confiado el derecho. Para ello se necesita el discurso, pero no sólo en la forma de un modelo de pensar ficticio ("estadio primitivo", "situación dialogante ideal") sino sobre todo en la forma de comunidades de argumentación realmente existentes (a través de la historia), en las cuales se intercambien verdaderas experiencias y convicciones sobre "cosas". Un discurso real semejante requiere un fundamento empírico. También filosofía, filosofía del derecho y teoría del derecho son

---

Yo considero muy digno de destacar, que un representante tan decidido de la ontología substancial tenga que conceder que orden no es substancia, sino relación. Lo que yo he opinado es que *incluso* Tomás de Aquino no puede menos que hacer semejante concesión (pero con esta constatación no quiero encubrir que antiguamente yo sobrevaloré a Tomás de Aquino). De manera semejante Werner Maihofer alguna vez caracterizó el orden como una "estructura de relaciones" (*Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, especialmente pp. 64 y ss.); prosigue por supuesto consecuentemente la ontología relacional sustentada por él.

17 Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts; oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 36.

18 Detalladamente, A. Kaufmann. "Vorüberlegungen" (nota 14), *passim* (con numerosas referencias). Sobre mis apreciaciones ver W. Maihofer. *Recht und Sein* (nota 15), pp. 232 y ss.

dependientes de la *experiencia* y el *experimento*, si no quieren reducirse a especulaciones. El experimento de la filosofía es su entrada en la historia y este experimento tiene la gran ventaja de que no es simplemente ficticio. Los principios de la justicia –*suum cuique*, regla de oro, imperativo categórico, principio de equidad, mandamiento de tolerancia– son efectivamente, más allá de toda experiencia histórica, "fórmulas vacías". Pero nunca serán entendidas así y ellas sólo tienen sentido en la forma en que, en las correspondientes circunstancias temporales, están saturadas de contenido. Ciertamente ellas no son en tal conformación nunca absolutas sino *históricas*.

La historicidad del derecho[19] es ahora más que nunca la dimensión decisiva que lo hace un *derecho humano.* Ella escapa a toda intervención técnica mediante máquinas, aparatos, computadores. Sólo el derecho histórico, que está abierto a los hombres en su existencia concreta, es verdaderamente derecho humano.

Pero tal pensamiento no es prisionero de los azares del instante sino que vive del "legado" de la *tradición* y la *cultura*, como el suelo común sobre el que se encuentra la comunidad en una determinada época. Esta herencia es el *medio*, el equiparamiento entre lo demasiado y lo demasiado poco, al que ya Solón y Aristóteles entendieron como justicia y derecho. Y esa opinión es también compartida por Hans-Georg Gadamer, cuando dice que "quien desee comprender está vinculado al asunto que se expresa en la tradición, y que tiene o logra una determinada conexión con la tradición desde la que habla lo transmitido"[20].

Y contra todos los racionalistas formalistas habría que decir una vez más que entre la tradición así entendida y la razón no hay contradicción alguna.

---

19 Sobre esto ver A. Kaufmann. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957 (programático). De la abundante literatura sobre la historicidad del derecho han de mencionarse: J. Llompart. *Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart*, 1968; del mismo, *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, 1976; J. J. M. van der Ven. *Grundrechte und Geschichtlichkeit*, 1960; W. Schild. "Geschichtlichkeit des Rechtsgesetzes und der Rechtswissenschaft", en *Festschrift für Erich Heintel*, 1972, pp. 144 y ss.

20 H. G. Gadamer. *Hermeneutik I; Wahrheit und Methode*, 5ª ed., 1986, p. 300.

CAPÍTULO VIGÉSIMO

El principio tolerancia. Filosofía del derecho en una sociedad pluralista de riesgo

I. literatura

Tolerancia: Locke, J. *Ein Brief über die Toleranz*, 1689; Voltaire, F. M. *Traktat über die Toleranz, veranlasst durch die Hinrichtung des Jean Calas*, 1763. Eisenhardt, U. "Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht", en *JZ* 1968, pp. 214 ss.; Haney, G. "Zum Toleranzbegriff", en *Jus Commune; Zeitschrift für die Europäische Rechtsgeschichte*, *XIX* (1992), pp. 445 ss.; Hättich, M. "Das Toleranzproblem in der Demokratie", en *Civitas; Jahrbuch für christliche Gesellschaftsordnung*, Vol. 4, 1965; pp. 15 s.; Hellesnes, J. "Toleranz und Dissens; Diskursethische Bemerkungen über Mill und Rorty", en Apel, K.-O./M. Kettner (Eds.). *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik*, *Recht und Wissenschaft*, 1992., pp. 187 ss.; Herdtle, C./Leeb, Th. *Toleranz; Texte zur Theorie und politischen Praxis*, 1987; Höffe, O. "Pluralismus/ Toleranz", en *Neues Handbuch theologischer Grundbegriffe*, 1984, pp. 363 ss.; del mismo, *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln; Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik*, 1988, pp. 105 ss.: "Pluralismus und Toleranz, zur Legitimation der Moderne"; Kaufmann, A. "Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht", en *Festschrift für Ulrich Klug*, 1983, pp. 97 ss.; también en, del mismo, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., 1993, pp. 209 ss.; también en *ARSP*-Beiheft 23, 1985, pp. 18 ss.; Keller, C. A. "Religion: ursache von Toleranz oder Intoleranz?", en Kerber, W. (Ed.). *Religion: grundlage oder Hindernis des Friedens*, 1995, pp. 13 ss.; Klenner, H. "When God commands to take the trumpet...: John Milton als Toleranzdenker", en Smid, St./N. Fehl (Eds.). *Recht und Pluralismus*; Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag, 1996, pp. 123 ss.; del mismo, "Hobbes als Toleranzdenker", en *Europa in der Frühen Neuzeit*; Festschrift für Günter Mühlpfordt, Vol. 1, "Vormoderne", ed. de Erich Donnert, 1997, pp. 443 ss.; Lezius, F. *Der Toleranzbegriff. Lockes und Pufendorfs*, 2ª ed., 1900 (2ª reimpr. 1987); Lutz, H. (Ed.). *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, 1977; Marcuse, H. "Repressive Toleranz", en Wolf, R. P./B. Moore/H. Marcuse (Eds.). *Kritik der reinen Toleranz*, 5ª ed., 1968, pp. 91 ss.; Mitscherlich, A. y Margarete. *Die Unfähigkeit zu trauern*, 12ª ed., 1979, pp. 263 ss.: "Proklamierte und praktizierte Toleranz"; Püttner, G. *Toleranz als Verfassungsprinzip; Prolegomena zu einer rechtlichen Theorie des pluralistischen Staates*, 1977; Schulz, U. *Toleranz; Die Krise der demokratischen Tugend und 16 Vorschläge zu ihrer Überwindung*, 1974; Stolpe, M./F. Winter (Eds.). *Wege und Grenzen der Toleranz*, 1987; Werner, F. *Recht und Toleranz*, 1963.

Pluralismo: Anderheiden, M. "Pluralismus als Grenze rechtlicher Legitimität", en Brockmöller, Annette y otros (Eds.). *Ethische und strukturelle Herausforderungen des Rechts*, *ARSP*-Beiheft 66, 1997; Böckle, F. "Theologische Dimensionen der Verantwortlichkeit unter den Bedingungen des weltanschaulichen Pluralismus", en *RSozuRTh* XIV, 1989, pp. 61 ss.; Bovens, L. "Contextual Pluralism and the Libertarian Paradox", en *ARSP* 79 (1993), pp. 188 ss.; Braun, J. "Recht und Moral im pluralistischen Staat", en *JuS* 1994, pp. 727 ss.; Briefs, G. *Laissez-faire-Pluralismus; Demokratie und Wirtschaft des gegenwärtigen Zeitalters*, 1966; Brugger, W. "Theorie und Verfassung des Pluralismus; Zur Legitimation des Grundgesetzes im Anschluss an Ernst Fraenkel", en Brugger, W. (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (*IStudRuSt*, Vol. 4), 1996, pp. 273 ss.; Cliteur, P. B. "What is the Task of the State in Upholding Values in a Pluralistic Society", en *ARSP* 83 (1997), pp. 327 ss.; Fraenkel, E. *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlichrechtsstaatlichen Demokratie*, 1994; Gehring, A. *Freiheit und Pluralismus*, 1977; Hesse, R. *Die Einheit der Vernunft als Überlebensbedingung der pluralistischen Welt*, 1994; James, W. *Das pluralistische Universum*, 1994; Jørgensen, S. *Pluralis Juris*; *Towards a Relativistic Theory of Law*, 1982;

Kerber, W. “Pluralismus”, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Vol. 7, 1989, pp. 988 ss.; Krings, H. “Was ist Wahrheit? Zum Pluralismus des Wahrheitsbegriffs”, en *PhilJB* 90 (1983), pp. 20 ss; Lampe, E. J. (Ed.). *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus* (*IStudRuSt*, Vol. 2), 1995; Luf, G. “Pluralismusmodelle; Rawls und Pawlowski imVergleich”, en Smid, St./N. Fehl (Eds.). *Recht und Pluralismus*; Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag, 1996, pp. 97 ss.; Mayer-Maly, T. “Werte im Pluralismus”, en *JBI* 1991, pp. 681 ss.; Mihailina Mihailova, M. “Pluralism and Unity of Law Substance; The Presense of the Subject in It”, en *ARSP* 78 (1992), pp. 23 ss.; Müller-Schmid, P. P. *Emanzipatorische Sozialphilosophie und pluralistisches Ordnungsdenken*, 1976; Ramm, Th. *Pluralismus ohne Kodifikation; Die Arbeitsrechtswissenschaft nach 1945*, en Simon, D. (Ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, pp. 449 ss.; Sack, P./C. P. Wellman /M. Yasaki (Eds.). “Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?”, en *RTh*–Beiheft 12, 1991; Sadurski, W. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, 1990; Scheyhing, R. *Pluralismus und Generalklauseln*, 1976; Schwan, A. “Grundrechte der Demokratie; Orientierungsversuche im Pluralismus”, 1978; Smid, St. (Ed.). *Deutsche Rechtseinheit und pluralistische Verfassung* (Rechtsphilosophische Schriften, Vol. 3), 1996; Steffani, W. *Pluralistische Demokratie*, 1980; Taylor, Ch. *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993; Utz, A. “Neopluralismus und Naturrecht”, en *ARSP* 75 (1989), pp. 389 ss.; Walzer, M. *Sphären der Gerechtigkeit; Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit* (del inglés), 1994; Zacher, H. F. “Die immer wieder neue Notwendigkeit, die immer wieder neue Last des Pluralismus”, en *Festschrift für Sten Gagnér*, 1991, pp. 579 ss.; del mismo, “Notwendigkeit und Last des Pluralismus”, en Kiezler, K. *Der neue Fundamentalismus* (Schriften der katholischen Akademie in Bayern, Vol. 136), 1990, pp. 102 ss.

Sociedad de riesgo: Baratta, A. “Jenseits der Strafe; Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft”, en Haft, F. y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 393 ss.; Bechmann, G. (Ed.). *Risiko und Gesellschaft; Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung*, 1993; Beck, U. *Risikogesellschaft*; *Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1988; del mismo, “Risikogesellschaft; Überlebensfragen, Sozialstruktur und ökologische Aufklärung”, en *Aus Politik und Zeitgeschehen; Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament*, B 36/89, pp. 3 ss.; Behlert, W. “Rechtstheoretische Implikationen der Risikogesellschaft”, en *Berliner Debatte Initial* 4 (1996), pp. 14 ss.; Damm, R. “Neue Risiken und neue Rechte; Subjektivierungstendenzen im Recht der Risikogesellschaft”, en *ARSP* 79 (1993), pp. 159 ss.; Di Fabio, U. *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994; Gethmann, C. F./ M.Kloepfer. *Handeln unter Risiko im Umweltstaat*, 1993; Hilgendorf, E. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, 1993; Hiller, P. *Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft; Risiko und Zeitorientierung in rechtsförmigen Verwaltungsentscheidungen*, 1993; Höhn, H. J. “Ethik in der Risikogesellschaft”, en *Stimmen der Zeit* 211 (1993), pp. 95 ss.; Kleinwellfonder, Birgit. *Der Risikodiskurs; Zur gesellschaftlichen Inszenierung von Risiko*, 1996; Luhmann, N. *Soziologie des Risikos*, 1991; Prittwitz, C. *Strafrecht und Risiko; Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993; del mismo, “Risiken des Risikostrafrechts”, en Frehsee, D./Gabi Löschper/Gerlinda Smaus (Eds.). *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe* (*IStudRuSt*, Vol. 5), 1997, pp. 47 ss.; Schmidt, M. (Ed.). *Leben in der Risikogesellschaft*, 1989; Stratenwerth, G. “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, en *ZStW* 105 (1993), pp. 679 ss.

Además: Baratta, A. "Zur Entwicklung des modernen Rechtsstaatsbegriffs", en, del mismo, *Philosophie und Strafrecht*, 1985, pp. 123 ss.; Birnbacher, D. *Verantwortung für zukünftige Generationen*, 1988; del mismo (Ed.); *Ökologie und Ethik*, 1980; del mismo (Ed.) *Ökophilosophie*, 1997; Böhler, D. (Ed.). *Ethik für die Zukunft; Im Diskurs mit Hans Jonas*, 1994; Böhler, D./R. Neuberth. *Herausforderung und Zukunftsverantwortung*, 1992; Bosselmann, K. *Im Namen der Natur; Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, 1992; Byrd, S. (Ed.). *Themenschwerpunkt Bioethik und Medizinrecht; Bioethics and the law* (*Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol. 4), 1996; Dworkin, Roger. *Limits; The role of the law in bioethical decision making*, 1996; Gesellschaft für Rechtspolitik Trier; Bitburger Gespräche, *Jahrbuch* 1986/1, Biotechnologie und Recht, 1986; Henrich, D. *Ethik zum nuklearen Frieden*, 1990; Höffe, O. *Vernunft und Recht; Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs*, 1996; Jonas, H. *Das Prinzip Verantwortung*, 1979; del mismo, *Technik, Medizin und Ethik; Praxis des Prinzips Verantwortung*, 1985; Kaufmann, A. *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2ª ed., 1992; del mismo, *Gerechtigkeit der vergessene Weg zum Frieden*, 1986; del mismo, "Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend", en *JZ* 1987, pp. 837 ss.; también en, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 383 ss.; Keller, R./H. L. Günther/P. Kaiser. *Embryonenschutzgesetz, Kommentar*, 1992; Ladeur, K. H; *Postmoderne Rechtstheorie, Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung*, 1992; Lampe, E. J. (Ed.). *Verantwortlichkeit und Recht*, 1989; Luhmann, N. *Vertrauen; Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexivität*, 1973; Maihofer, W. *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968; Müller, J. P. *Demokratische Gerechtigkeit; Eine Studie zur Legitimation rechtlicher und politischer Ordnung*, 1993; Nida-Rümelin, J./D. v. d. Pfordten (Ed.). *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, 1995; Reiter, J. "Bioethik und Menschenwürde; Ethische Aspekte der Biokonvention des Europarats", en *Stimmen der Zeit* 214 (1996), pp. 579 ss., Richter, E. "Politische Ethik als Verantwortungsethik", en *ARSP* 78 (1992), pp. 166 ss.; Saladin, P./C. A. Zenger. *Rechte zukünftiger Generationen*, 1988; Schreckenberger, W. "Der Nationalstaat und die Rechtsstaatsidee", en Pawlowski, H. M./G. Roellecke (Eds.). *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats*, 1996, pp. 71 ss.; Villar Borda, L. *Etica, Derecho y Democracia*, 1994; Zülicke, F. *Human-Gentechnik, Naturteleogie und Ethik; Moralisch-ethische Probleme von Reproduktionsmedizin und Human-Gentechnik*, 1994.

II. NOTA PREVIA

El título de este capítulo es algo a la moda. Pero designa con suficiente claridad las cuestiones que aquí se tratan. ¿Y en torno de qué? Del "principio tolerancia". Ahora, muchos lectores se preguntarán si se trata de oponer algo distinto y nuevo al "principio esperanza" (Ernst Bloch), al "principio responsabilidad" (Hans Jonas) y al "principio equidad" (John Rawls). Esto no deberá ser así en absoluto. Estos cuatro principios coinciden entre sí de las más diversas maneras. El "principio tolerancia" estaba desde siempre implícito en los principios de "equidad" y de "responsabilidad". El hecho que yo lo destaque especialmente obedece a que la tolerancia tiene en el mundo de hoy un papel mucho más grande que nunca. La tolerancia debería

ser una de las virtudes más importantes en la "sociedad pluralista de riesgo", sobre todo teniendo en cuenta la preocupante explosión demográfica.

Mis reflexiones sobre este tema han sido permanentemente estimuladas por un pequeño escrito de Niklas Luhmann titulado *Confianza: un mecanismo de la reducción de complejidad social* (*Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität* (2ª edición, 1973). Yo quisiera poner esto especialmente de relieve.

III. LA DEMOCRACIA: OPORTUNIDAD PARA ESTADO DE DERECHO, PLURALISMO Y TOLERANCIA

Un notable pensamiento de Gustav Radbruch, con el que gustosamente se engalanan eminentes políticos, expresa: "La democracia es con certeza un bien loable, pero el Estado de derecho es como el pan diario, como el agua para beber y el aire para respirar, y lo mejor de la democracia es precisamente esto, que ella sólo es apropiada para garantizar el Estado de derecho"[1].

¿Cuál es esa democracia del Estado de derecho? Según la clásica formulación de Abraham Lincoln, democracia es *the government of the people*, *by the people*, *for the people*, yo acentúo *by the people*. La democracia tiene que ser conformada por el pueblo. La democracia soporta tener a su cabeza personalidades mediocres, pero no resiste el comportamiento pasivo del pueblo. Ya Pericles, el abuelo de la democracia, había hablado de la *democracia activa*, que debe practicarse y exige la mayoría de edad política y la conciencia de responsabilidad de los ciudadanos. La democracia del Estado de derecho no es una realidad substancial que pueda poseerse permanentemente, no es un estado donde pueda descansarse una vez alcanzado. Democracia y Estado de derecho son algo procesal, que tiene que ser constantemente formado, como tarea continua. Es necesario, en interés de la democracia libre y jurídico-estatal, que el ciudadano intervenga, que se inserte en ese

---

1 G. Radbruch. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *SJZ* 1946, pp. 105 ss., 108 = GRGA, T. 3, 1990, pp. 83 ss., 93. En español, ver Gustav Radbruch. *Relativismo y Derecho*, trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Edit. Temis, 1992, p. 42.

ininterrumpido proceso y no se desentienda cuando ocurre injusticia. Sólo mediante una participación semejante de todos en la democracia puede ésta mantenerse en vida.

La democracia es la más difícil de todas las formas estatales, es una forma de estado *de riesgo*, siempre amenazada de fracasar. El Estado autoritario, la dictadura, es más fácil para los "súbditos". Ellos sólo tienen que obedecer, nada más, de todo el resto se ocupa el Estado o el partido. El individuo no necesita pensar ni decidir por sí mismo en lo que atañe al bienestar común. Por ello no es en manera alguna sorprendente que los ciudadanos de los países que fueron liberados de la dictadura sientan de nuevo nostalgia por ella. Dicen, en efecto, que si se callaban la boca en el Estado autoritario se podía vivir muy bien; vivir bien, ¡pero sin libertad!

La democracia, por el contrario, exige del tantas veces citado "ciudadano emancipado", que pueda decidir y actuar bajo responsabilidad propia cuando esté colocado en situación de riesgo. El no aspira por ello a estar asegurado contra todo. No pocos opinan que ese ciudadano emancipado no existe, que es una utopía. Algo de ello hay allí. El ciudadano totalmente emancipado existe tan poco como la completa democracia. Los dos no son precisamente situaciones sino tareas en las que se tiene que trabajar continuamente. No es posible alcanzar el *optimun* de la democracia si no se aspira a la democracia en absoluto.

En nuestro país no ha sido fácil construir la democracia (ni formar el ciudadano emancipado). Ciertamente hubo ya en la República de Weimar el esfuerzo de crear una buena democracia, el mismo que se hace de nuevo ahora. Las fuerzas configuradoras y conservadoras del Estado se atienen a las reglas del juego; más aún, se perfeccionan esas reglas de juego muy al gusto alemán. Pero muchos, quizás la mayoría de los alemanes, no se han vuelto demócratas de estirpe, pues no han interiorizado la democracia.

En la democracia rige la *ley de la mayoría*. La mayoría lo puede todo, a excepción de dos cosas: ella no puede eliminar el propio principio de mayoría, y con él la democracia, y no puede abolir los derechos humanos y fundamentales, pues éstos valen pre-estatalmente, el Estado no los otorga, sino únicamente los protege. Así, por ejemplo, se encuentra fuera de discusión la prohibición de homicidio, y cuando hoy, de nuevo –a pesar de

las malas experiencias del llamado decreto de eutanasia de Hitler–, se pronuncian las voces de aquellos que abogan por ella, así sea limitada, es preciso tener cuidado a fin de que no ocurra otra vez una desgracia[2].

La democracia exige el *sistema pluripartidista*. Quien considere el punto de vista propio o el de su grupo y partido como el único verdadero no puede ser demócrata. Expresado de otra manera: no se puede ser demócrata (y tolerante) sin a lo menos un poco de *relativismo*. Yo sé de lo que hablo. Hace cerca de 40 años escribí un artículo sobre "La superación del relativismo iusfilosófico". Allí sostuve un punto de vista objetivista completamente parcial. Entonces era joven y esta es también una explicación para ese artículo. El relativismo es poco atractivo para los jóvenes. Los jóvenes quieren lo incondicional, lo absoluto, no desean ningún "turbio" compromiso. Ellos quieren todo y lo más rápido posible, pues los jóvenes son impacientes. Les falta la ambigüedad de la tolerancia, es decir, la capacidad de tratar razonablemente las indeterminaciones, las insolubles aporías, los riesgos de la vida. Por lo general se tiene que haber vivido mucho para percatarse de que el relativismo no es algo que se deba superar, sino practicar con inteligencia y medida. Nada es en este mundo incondicional, nada absoluto. En consecuencia tampoco se debe plantear como absoluto, ni degenerar en el indiferentismo, en la actitud de aquellos que en vista de las muchas posibles decisiones no puedan ellos mismos decidir y por eso se convierten al juego del azar. El relativismo es del todo compatible con una convicción firme,

---

2 Muchos de los más recientes escritos sobre este tema concuerdan críticamente, incluidos libros tan notables como los de P. Singer, R. Hegselmann, R. Merkel y Ronald Dworkin; ver arriba p. 334, nota 58. Naturalmente no es ninguna solución volver ahora las cosas tabú a causa de los crímenes de Hitler y es malo no dejar hablar a científicos probos. Pero una administración restrictiva parece imperativa. Por lo demás, tendrá que soportarse con toda honradez el conflicto de generaciones que existe aquí. Quien, como yo, ha vivido conscientemente el estado de injusticia del nacionalsocialismo y el abuso con los seres humanos sólo puede confrontar esos problemas con preocupación. Abundantes en información en el último tiempo: C. Anstötz, R. Hegselmann, H. Klient (Eds.). *Peter Singer in Deutschland; Zur Gefährdung der Diskussionsfreiheit in der Wissenschaft; Eine Kommentierte Dokumentation*, 2ª ed., 1997. Sobre la temática de la eutanasia ver las equilibradas propuestas de *Alternativentwurfs eines Gesetzes über Sterbehilfe*, presentado por J. Baumann, Anne-Eva Brauneck, A. Kaufmann y otros, 1986.

pero esta convicción está acompañada con el criterio de que además de la propia convicción existen otras convicciones de *igual valor*. Ser un relativista conscientemente responsable es –contra la opinión de sus enemigos– mucho más difícil que abogar por un punto de vista absolutista y por eso marginar a hombres de otro color. A estos anti-relativistas, que sólo valoran su propia opinión, se los puede caracterizar de la forma más certera con las irónicas palabras de Montesquieu: "¡Dios mío, cómo se explica que nosotros siempre tenemos razón y los demás siempre están errados!"[3].

1. *Pluralismo filosófico y metodológico*

El pluralismo pertenece esencialmente a la democracia[4]. En la sociedad humana moderna hay una multiplicidad de puntos de vista y sistemas normativos diferentes con igual derecho a la validez, y hay una multitud de métodos, que son adecuados al correspondiente objeto de la investigación. En esto se distingue el pluralismo tanto del monismo como del dualismo. Muchos consideran el pluralismo como un defecto, algo que sería mejor que no existiera. Se ve en él una carga, ciertamente necesaria, pero de todas maneras una carga[5]. Sin duda lo es, y en verdad en el mismo sentido en que para un violinista es una carga verse con todos los músicos que actúan en una orquesta. Y así como el violinista no es ningún impedimento para la sinfonía, el pluralismo no es obstáculo para el esclarecimiento de la verdad, sino por el contrario *una condición de la posibilidad de verdad*. El pluralismo se infiere no sólo del relativismo sino también del modo de conocimiento de la verdad. Es un servicio imperecedero el prestado por la teoría del discurso, al haber dejado en claro que el conocimiento científico no se obtiene en solitario sino que exige un esfuerzo cooperativo. La teoría de consenso y la teoría de convergencia de la verdad, que la complementa, presuponen necesariamente una multiplicidad de sujetos cognoscentes (la teoría de correspondencia no). Además ocurre, como ya se dijo anteriormente (p.

---

3 Ch. De Montesquieu. *Cahiers*, edición Grasset, 1941, II, s. 309, p. 225.

4 Se recomienda J. Rawls. *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1992, pp. 294 y ss.

5 Ver H. F. Zacher. "Die immer wieder neue Notwendigkeit, die immer wieder neue Last des Pluralismus", en *Festschrift für Sten Gagnér*, 1991, pp. 579 y ss.

329), que, sobre todo en el campo de las ciencias normativas, no siempre hay un único conocimiento correcto, más bien puede ser que muchas soluciones divergentes sean “correctas”, es decir, “plausibles”, “conformes”, “justificables”. Por lo cual también requieren una multiplicidad de sujetos cognoscitivos. Por el contrario, estiman deseable los enemigos del pluralismo que todos sean de la misma opinión, el mismo grupo o confesión y en la dictadura pertenezcan todos al mismo partido. Entre ellos hay *sólo* un comentario a la ley penal, el oficial; sólo *una* creencia, la oficial. Lo que aquí se persigue como ideal es un nivelamiento y empobrecimiento de toda vida y toda cultura, en realidad de ninguna manera deseable, una pérdida de la diversidad[6].

Los anti-pluralistas que quisieran nivelar todo son también aquellos que abogan por doquier el *punto de vista de todo o nada*, *aut Caesar aut nihil* (en el sentido de una disyunción excluyente). El conocimiento jurídico se deduce de la norma *o* del caso, de la conclusión deductiva *o* inductiva; la interrupción no penada del embarazo es conforme a derecho *o* violatoria del derecho; se puede ser iusnaturalista *o* iuspositivista, pero nada más. Si por el contrario se sostiene *el punto de vista del no sólo... sino también*: un *más allá* del derecho natural y el positivismo, una *tercera* vía además de lo jurídico e injurídico (“espacio libre de derecho”), un método *deductivo-inductivo-mixto*, entonces será combatido por ambas partes, pues un *punto de vista intermedio* repugna en el alma de la *gente del todo o nada*, a pesar de que tome argumentos suyos. El sustento de indeterminaciones, vaguedades, riesgos, esto es, situaciones plurales –“no sólo... sino también”–, las ambigüedades de la tolerancia no son asunto suyo, no se ajustan a su concepción del mundo. Si alguien piensa que lo que aquí sostengo no es nada distinto del “medio aristotélico” no elevaré ninguna protesta formal. Yo favorezco dondequiera teorías “del medio” y esto en razón de que las considero realistas. Nuestro mundo no es un mundo de todo o nada.

---

6 Es indiscutible que en nuestro mundo, en extremo complejo, es necesario algo así como lo que Luhmann llama la “reducción de complejidad”. Eso es hoy tan generalmente reconocido que casi no se requiere decirlo. Pero tiene que decirse que también a ese respecto ha de observarse una “medida media”, a fin de que la reducción no implique desmedro.

Pero el mundo del *computador* es un mundo semejante, o es esto o lo otro. La lógica formal se basa principalmente en el esquema de verdadero o falso. Y así es también con el computador. Un "en medio de", un "no sólo sino también" le son ajenos. Pero quizás se logre aún producir en el computador algo como "analogía", "concepto indeterminado", "tipo". La *fuzzy logic* lo intenta ya. Todavía no puede decirse si lo consigue. De una u otra manera, ya la utilización de la *fuzzy logic* significa un progreso, pues aquí los lógicos y expertos de la computación se han apartado del punto de vista del todo o nada y ahora también se perciben tonos intermedios (principios de una ambigua tolerancia). El alemán-americano Joseph Weizenbaum, considerado uno de los más notables informáticos y al mismo tiempo como el más prominente crítico del computador, hace rato dio ese paso y escribió: "Pienso que el mundo no es binario, esto es, no sólo 0 y 1. Yo no creo que todo se pueda descomponer en grandes cadenas de 0 y 1. Yo no creo que el mundo sea así. Las dos cosas (que mi mujer esté a veces furiosa conmigo y a veces me ame) viven una junto a la otra en este mundo, no es uno o lo otro, lo uno no excluye lo otro. El mundo entero es de tal manera que muy raras veces una contradicción excluye por completo la primera proposición"[7].

¿Existirá alguna vez el "pluralismo del computador"? Este sería entonces un verdadero computador humano.

IV. La sociedad de riesgo. Ejemplo de la biología y la bioética

1. *¿Hay derechos de la naturaleza? Un capítulo ecológico*

Desde Aristóteles hasta hoy se esfuerza la ética por presentar reglas de conducta para el *caso normal*. Esto también es directamente válido para la

---

7 J. Weizenbaum. *Wer erfindet die Computermythen?; Der Fortschritt in dem grossen Irrtum*, 1993, pp. 151 y ss.; ver también C. Drösser. *Fuzzy Logic; Methodische Einführung in krauses Denken*, 1996, p. 128: "La *fuzzy logic* pertenece a toda una ola de novedosos métodos de computación que se han desarrollado en los últimos años con la aspiración de adelantarse tan 'naturalmente' como los procedimientos clásicos del cálculo. Lofti

ética discursiva. *Pero nuestra actual situación no es normal.* El presente está ante la siguiente alternativa: ¿tendrá la humanidad un futuro o va hacia su destrucción? Nadie se ha empeñado más por una ética de la civilización técnica que Hans Jonas, por una ética que no tiene reglas para todo sino una *ética para el estado de necesidad*, cuyo problema principal por largo tiempo será la ecología.

Para muchos *ecología* es una palabra irritante. Ellos no quisieran confrontarse permanentemente con el riesgo, que caracteriza la vida en nuestra época. La idea de que se deba compartir la tierra con otras criaturas les es antipática. ¿Y qué tiene que ver –se preguntan– la filosofía del derecho con esto? ¿Qué tiene que hacer la justicia social, el *bonum commune*, con la naturaleza extra-humana, sobre todo con los animales? ¿Con ese *bonum* no se piensa exclusivamente en la felicidad humana? Esta es precisamente la cuestión. En primer término, una corta respuesta a la pregunta acerca de lo que todo esto tiene que ver con la filosofía del derecho. La filosofía del derecho no tiene preparadas soluciones a los problemas de la ecología o de la protección de animales. Ella no puede decir si los experimentos con animales son imprescindibles y qué consecuencia tendría renunciar por completo a ellos. Ese es un *problema de riesgo de gran alcance*, que en primera línea ha de ser examinado y resuelto por especialistas. La tarea de la filosofía del derecho reside aquí no tanto en fundamentar como en falsar ("criterio Popper"). Ella puede examinar la solidez de los argumentos de quienes están a favor o en contra de la naturaleza, de quienes abogan por o contra los experimentos con animales, su veracidad y eventuales contradicciones. Más adelante puede procurar una clasificación de los muchos conceptos de naturaleza utilizados en este ámbito[8]. Y, finalmente, puede contribuir a responder la pregunta acerca de a quién corresponde la carga cuando no se puede aclarar si un determinado experimento con animales es necesario

---

Zadeh habla de *soft computing* (cómputo débil), en oposición al *hard computing*. Allí tenemos pues el "tono medio".

8 En detalle sobre esto A. Kaufmann. "¿Gibt es Rechte der Natur?", en N. Seebode (Ed.). *Festschrift für Günter Spendel*, 1992, pp. 59 y ss., en especial 67 y ss. Más recientemente sobre este problema C. H. Krijnen. "¿Haben Tiere Rechte?", en *ARSP* 83, 1997, pp. 369 y ss.; M. W. Schröter, "Menschenaffen und Rechte", *ibid.*, pp. 397 y ss.

(los juristas hablan aquí de la "prueba de riesgo"). ¿Qué ocurrirá en un caso semejante? ¿Se puede hacer el experimento o tiene que suspenderse? ¿Vale aquí el *in dubio pro animal* o el *in dubio contra animal*?

El problema de si hay derechos de la *naturaleza* se tratará en seguida de preferencia en relación con los derechos (eventuales) *de los animales*.

Predominante es todavía hoy el criterio de que sólo a los hombres corresponden derechos y no a otras criaturas terrenales. Esto no fue siempre así. En la ilustrada y liberal *Stoa* hubo un muy completo concepto de derecho, o bien, de derecho natural: *jus naturale est*, *quod natura omnia animalia docuit*, *nam jus istud nom humani generus propium est*, *sed omnium animalium*, *quae in caelo*, *quae in terra*, *quae in mare nascuntur*[9]. En Jeremy Bentham resuena esa idea, cuando en analogía a la liberación del esclavo dice con referencia a la misma capacidad de dolor y sufrimiento de los hombres y los animales: *the day may come*, *when the rest of the animal creation may acquire those rights which never could have been witholden from them but by the hand of tiranny [...] The question is not*: *can they reason? or*: *can they talk?*, *but*: *can they suffer?*[10].

Pero desde hace mucho no se hablaba más de tan amplios derechos del mundo animal. El *pensamiento antropocéntrico dominó la escena*. Esa tendencia considera al hombre no sólo como la más elevada criatura viviente (lo que es correcto de acuerdo con el actual estadio de la evolución), sino que, aún más, todos han de servirle, el mundo le pertenece, no está obligado a ninguna consideración frente a él. Sólo se protegerá a los animales, si acaso, cuando es en interés de los hombres. Tomás de Aquino, apoyándose en Aristóteles, fundamentó la prohibición del tormento a los animales, en que acciones semejantes fácilmente pueden convertirse en crueldades con el hombre. No se trata, pues, para él de compasión con los animales[11]. John Locke argumentó de manera parecida. Para René Descartes, los animales eran sólo "mecanismos sin sentimiento", que introduce en su esquema de pensamiento dualista: aquí el ser espiritual, el hombre; allí el mundo desdeñable de la pura materia[12]. Kant considera el tormento a los animales como ilícito,

---

9 Ulpiano. D. 1, 1, 3.
10 J. Bentham. *An Introduction on the Principles of Morals and Legislation*, 1789, cap. 7, § 1.
11 Tomás de Aquino. *Summa Theologica* II, 1, 102, 6.
12 Citado según G. M. Teutsch. *Lexikon der Umweltethik*, 1985, p. 112.

porque el deber del hombre, de evitar crueldades contra los animales, sería un deber consigo mismo, ya que tales brutalidades embotan la compasión por los sufrimientos de los congéneres[13].

Para la cuestión sobre si los animales pueden tener derechos cumple un gran papel, desde luego, la *diferencia de hombre y animal*. ¿En dónde está la diferencia a este respecto? Muchos se escandalizan porque el animal sea tratado en el derecho como una *cosa*. El fundamento para ello, sin embargo, no es un menosprecio de los animales. Más bien ocurre a consecuencia de que algunas prescripciones jurídicas sobre cosas, por ejemplo, sobre compraventa o daños materiales, también son adecuadas para animales. En la reciente ley de protección de animales de 1987 el animal no es considerado como cosa.

En la cuestión de la diferencia entre el hombre y el animal se trata casi siempre de evidenciar el *primado del hombre*. Los mismos animales entre sí son distintos con respecto a su necesidad de protección. Mediante la ley de protección de animales son protegidos sólo los vertebrados, y también éstos en grados diferentes: los vertebrados de sangre caliente son privilegiados frente a los vertebrados de sangre fría. Aquí aparece la antigua doctrina de la *analogia entis*, según la cual sólo el hombre ha sido hecho a la imagen de Dios. Ella sostiene que en el ser intramundano el animal más evolucionado está más próximo al hombre que el menos evolucionado; la vida vegetal está aún más lejos del hombre, y todavía a mayor distancia la materia. Se trata, de acuerdo con esa doctrina, de un *orden jerárquico*. Muy parecida a esta es la teoría del "escalonamiento del mundo" (así en Nicolai Hartmann y Arnold Gehlen). Tal descripción satisface la necesidad de evidencia y previsibilidad; el defecto está en que ella no se puede probar. Nosotros necesitamos hechos. Un hecho es que el hombre *tiene poder sobre el animal*. Pero de esto no se puede deducir ningún fundamento de justificación de que esté autorizado a maltratar o matar animales.

El principal argumento de quienes aprueban un derecho de disposición de los hombres sobre los animales es que hombre y animal son distintos en

---

13 Kant. *Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 433. Sobre la materia ahora J. Petersen. "Anthropozentrik und Ökozentrik im Umweltrecht", en *ARSP* 83 (1997), pp. 361 y ss.

su *capacidad de padecimiento*, por lo cual sería permitido ocasionar sufrimientos a los animales. Pero la pregunta es si esa fundamentación es eficiente. Argumento 1: El hombre sufre más, porque su dolor se multiplica por angustia, presentimiento de la muerte, pérdida del sentido. Argumento 2: El animal sufre más, porque, a diferencia del hombre, padece sin esperanza del fin del sufrimiento. Argumento 3: El hombre sufre más, porque tiene, a diferencia del animal, una biografía, él no sólo vive en el momento sino trasciende éste en el pasado y el futuro. Argumento 4: El animal padece más a causa precisamente de carecer de biografía. Argumento 5: El hombre sufre más, porque es responsable de otros, o sea de su familia. Argumento 6: El animal sufre más, porque a, diferencia del hombre, no puede esperar consuelo de la familia, del conjunto de animales.

El resumen de todos estos fundamentos y contra fundamentos sólo puede ser: nosotros no lo sabemos.

Hay algunas curiosas *aporías* en la diferenciación de hombre y animal. Iring Fetscher aduce una semejante: "Nosotros no podemos propagar protección del medio, limitación de la explotación de los recursos materiales y de la contaminación ambiental, etc., en interés de futuras generaciones y al mismo tiempo poner en manos de las madres o los médicos la decisión sobre los embriones en el seno materno, sin ninguna protección"[14]. Otra contradicción es que uno debe poner fin al sufrimiento de un animal mediante un tiro piadoso, y bajo ciertas circunstancias tiene que hacerlo, mientras que los padecimientos del hombre se prolongan a través de los medios de la medicina moderna, en todo caso no deben ser acortados mediante la eutanasia. Los teólogos quieren fundamentar esto en que el hombre posee un alma inmortal y el animal no. Que el animal no tiene alma es una convicción generalizada. Pero nosotros no podemos saberlo. "¿Quién sabe si las almas de los animales se hunden en el polvo?", pregunta Marguerite Yourcenar (la primera mujer en la Academia Francesa). Sí, ¿quién lo sabe? En fin de cuentas, todas estas son especulaciones. Con medios racionales no se arregla aquí nada. Por ello se debería, al causar sufrimientos a los

---

14 I. Fetscher. "Ein Beitrag des Rechts zur Erhaltung der natürlichen Lebensdebingungen", en A. Kaufmann y otros (Eds.). *Rechtsstaat und Menschenwürde*; Festschrift für Werner Maihofer, 1988, pp. 135 ss., 137.

animales en interés de los hombres, tener cuando menos una mala conciencia por eso. Sobre el problema de los *experimentos con animales* no puede, como ya se dijo, contribuir mucho la filosofía del derecho[15]. En todo caso no puede ofrecer ningún motivo de justificación, y tampoco sobre la necesidad o carácter imprescindible de tales experimentos. Pero el no experto tiene que observar con atención cuando el experto dice que la catástrofe del Contergan (talidomida) hubiera podido evitarse si antes de suministrar tales medicamentos se hubieran realizado adecuados experimentos con animales, o cuando agrega que sin el pre-examen de semejantes sustancias en experimentos animales el riesgo para los hombres es altísimo[16]. Esto tiene algo que ver con la *prueba de riesgo*, o sea con el problema de cómo debe procederse cuando no se pueda establecer si un determinado experimento con animales es necesario. Se podría pensar que el experimento como tal no deberá realizarse porque su necesidad no está probada (así se procedería en un proceso penal: *in dubio pro reo*). Günter Patzig opina, en contrario, que el experimento debería realizarse porque no habría suficientes motivos para una prohibición[17] (se observa cómo una modificación de la cuestión por probar –tiene que estar evidenciada la necesidad del experimento o su no-prohibición– conduce a un resultado diametralmente distinto). En la praxis se procede en el segundo sentido, o sea que el no arreglo del conflicto corre en contra del animal. Debería ser difícil sustentar otro punto de vista plausible. Se tendría que probar que el hombre no tiene un rango superior al del animal del experimento (en verdad tampoco es obligatorio demostrar que el hombre tiene un rango más elevado, pues la teoría de la *analogia entis*

---

15 Más detallado: A. Kaufmann. "Rechtsphilosophische Aspekte wissenschaftlicher Tierversuche", en W. Hardegg/G. Preiser (Ed.). *Tierversuche und medizinische Ethik; Beiträge zu einem Heidelberger Symposion* (Frankfurter Beiträge zur Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin, T. 3) 1986, pp. 118 y ss.; Jel Feinberg. "Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen", en D. Birnbacher (Ed.). *Ökologie und Ethik*, 1980 (ed. de 1996), pp. 114 y ss.

16 Martin Kramer, "Die Bedeutung des Tierversuchs in der Risikobewertung", en W. Hardegg/G. Preiser. *Tierversucher* (nota 15), pp. 13 y ss.

17 G. Patzig. "Der Wissenschaftliche Tierversuch unter ethischen Aspekten", en W. Hardegg/G. Preiser (Eds.). *Tierversuche* (nota 15), pp. 68 y ss.

no es segura y de la evolución no se sigue esto en absoluto; no nos queda posibilidad distinta a la de presumir el primado del hombre.

¿Deben sólo preverse *derechos de los animales*? Esto no sería ni improcedente ni imposible. Pero los animales no obtendrían de ello ventajas verdaderamente significativas. Mucho más importantes son las *obligaciones de los hombres con los animales* y precisamente aquellas obligaciones cuya violación tenga consecuencias jurídicas.

El fortalecimiento de la posición jurídica del animal es una cosa; otra, y no de menos significación, es la creación de *derechos subjetivos reclamables judicialmente de las futuras generaciones a unas condiciones de vida suficientes.* Y esto no sólo a causa de los hombres. Tales derechos deberían ser atendidos y realizados fiduciariamente, digamos por las Naciones Unidas. Las dificultades técnico-legales se pueden eliminar. Mucho más difícil podría ser que los Estados de este mundo se unificaran para una solución semejante. ¿Pero cuál sería la alternativa para esto? Las conferencias para el Medio Ambiente de la ONU (protección del clima) en Río de Janeiro (1992) y Nueva York (1997) no han conseguido nada. En pocos decenios se habrán talado los grandes bosques húmedos, especialmente en Norte y Sur-América, si no se ordena detener rápidamente la destrucción. Las consecuencias para el patrimonio ecológico de nuestra tierra serán catastróficas.

Las voces de advertencia no han faltado. Hans Jonas aboga por una *ética del futuro*, en la cual la ecología será por largo tiempo uno de los temas más importantes[18]. Vittorio Hösle se queja de que todavía el crecimiento de la economía sea tenido como el objetivo político prioritario y califica de sencillamente inmoral la universalización del nivel de vida occidental[19]. Ya

---

18 H. Jonas. *Das Prinzip Verantwortung; Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, 1980, pp. 31 y ss., 63 ss., 84 y ss. entre otras. Ver también W. Kuhlmann. *Sprachphilosophie-Hermeneutik-Ethik; Studien zur Trenszendentalpragmatik*, 1992, pp. 224 y ss.: "Prinzip Verantwortung versus Diskursehtik".

19 V. Hösle. *Philosophie der ökologischen Krise*, 1991, *passim*. Hay algunas otras voces concordantes, como por ejemplo: E. Drewermann. *Der Tödliche Fortschritt*, 6ª ed., 1990; E. U. von Weizsäcker. *Erdpolitik; Ökologische Realpolitik als Antwort auf die Globalisierung*, 5ª ed., 1997; D. Henrich. *Ethik zum nuklearen Frieden*, 1990; I. Tammelo. "Futurologisches Naturrecht", en R. Marcic/I. Tammelo. *Naturrecht und Gerechtigkeit*, 1989, pp. 184 y ss.; H. Skolimowski. *Öko-Philosophie; Entwurf für neue Lebensstrategien*

Mahatma Gandhi había exigido que los ricos se restringieran y tuvieran que hacer entrega de lo superfluo: "Si cada uno limitara su posesión a lo que necesita, nadie tendría que vivir en la miseria, y todos estarían satisfechos"[20].

No debería producirse menos, pero sí distribuir justamente lo producido. El principio de rendimiento no puede regir sin modificación. Dondequiera se trata de la *preocupación del hombre por la naturaleza*, la preocupación por todo lo que presenta nuestro planeta en su estado natural. Y yo opino que convendría a los filósofos del derecho tener un poco más de preocupación por el futuro de la humanidad que por elaborar sólo reglas discursivas. Pues la *preocupación por la justicia social*, *por el "bonum commune"*, es una *tarea genuina de la filosofía del derecho.* Ellos no deberían evadir esa responsabilidad.

2. *La sociedad de riesgo*

Que vivimos en una sociedad de riesgo es ya un lugar común. ¿Pero esto qué significa en concreto? El término sociedad de riesgo tiene muchos aspectos. En nuestra conexión interesa el aspecto iusfilosófico.

Otro lugar común es que nosotros hoy no podemos confiar más en el derecho natural en el sentido clásico. Con esto no se afirma que en el transcurso de la historia no hayan existido sociedades que se han arreglado muy bien con el derecho natural. El primitivo derecho natural surgió en sociedades estructuradas simplemente, en sociedades cerradas, en las que uno podía leer en tablas de la ley (ley mosaica, la ley de las doce tablas) lo que es bueno y lo que es malo, qué es justo y qué injusto. Hoy la situación es fundamentalmente distinta[21]. No tenemos más una ley –"ley natural"– en la que podamos leer para toda clase de casos la manera como tenemos que comportarnos. La sociedad moderna es en alto grado compleja y por

---

(del inglés), 1989 (desarrolla una filosofía del humanismo ecológico). Ver también J. Caspar. "Ökologische Verteilungsgerechtigkeit und moderner Rechtsstaat am Beispiel des Klimaschutzes", en *ARSP* 83 (1997), pp. 338 ss.

20 M. Gandhi. *Worte des Friedens*, editado por María Otto, 7ª ed., 1984, p. 61.

21 Ver sobre esto y lo siguiente otra vez a N. Luhmann. *Vertrauen; ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2ª ed., 1973.

ello sólo puede funcionar como *sociedad abierta*. Y también la argumentación racional puede dar resultado sólo en un sistema abierto, en donde el número de los posibles argumentos es básicamente ilimitado.

En la sociedad pluralista de riesgo de nuestra época tiene el hombre que actuar impetuosamente sobre el mundo, sin poder disponer siempre de antemano de normas seguras o remitir a un concepto fijo de naturaleza si su acción es correcta; es decir, tiene que *actuar con riesgo.* Sin duda, existían también en épocas primitivas constelaciones en las que había que tomar decisiones riesgosas, pero ellas no eran típicas de las relaciones de entonces. Para nuestra época sí lo son. Aquí un par de ejemplos. El caso del médico que debe salvar dos víctimas gravemente heridas en un accidente, pero sólo dispone de un reanimador, ya antes mencionado (p. 411, ver también arriba pp. 447 y s., sobre los riesgos del rearme nuclear). ¿Qué pasa cuando el paciente al que el médico le aplicó el aparato muere, mientras el otro tal vez hubiera sobrevivido, ahora que ambos están muertos? ¿Enfrentará el médico acusaciones y sanciones? ¿O cómo debe decidir el genetista que se encuentra ante la alternativa, o bien de realizar un experimento peligroso, pero del cual se promete la iniciación en la lucha contra una grave enfermedad, o mejor, abandonarlo porque la amenaza no es fácil de calcular o quizás porque él simplemente teme represalias en el caso de un fracaso. Desgraciadamente no se trata sólo de un ejemplo de cátedra en el caso de un peligroso criminal sexual, que ha abusado y dado muerte a niños, ha estado muchos años en la cárcel, y sólo en atención a su conducta disimulada y porque se hizo castrar voluntariamente se le ha libertado en prueba; apenas libre ha vuelto a reincidir, a pesar del castramiento. A la postre, todos saben que ese hombre no ha debido ser puesto en libertad. ¿Pero puede ser correcto, para eliminar cualquier riesgo en el futuro, mantener en el internamiento de seguridad a delincuentes de esta clase de manera permanente, a pesar de prognosis favorables? Sensación despiertan los cada vez más numerosos casos de tomas y secuestros de aviones, que de cuando en cuando hacen detener la respiración al mundo. La mayor parte de las veces se trata de conseguir la libertad de compañeros de ideas que se encuentran presos. En el secuestro del avión de Mogadiscio, en el otoño de 1977, se encontró el Canciller de la Federación, Helmut Schmidt, en una situación de incomparable riesgo. ¿Debía él ceder ante el chantaje y dejar libres a los detenidos de la banda

Bader-Meinhof para salvar la vida del Presidente de empresarios Hans-Martin Schleyer? ¿O tenía que permanecer inflexible porque el Estado no puede dejarse chantajear? Schmidt se decidió por la segunda alternativa, permitió asaltar el avión retenido, dominar a los piratas y liberar a los pasajeros. ¿Pero si la acción no hubiera terminado felizmente y hubiera habido un baño de sangre entre los pasajeros? Helmut Schmidt declaró más tarde que en caso semejante hubiera renunciado al día siguiente. Es, en verdad, lo mismo que hubiera hecho cualquier político sensible. ¿En una salida como ésta se le hubiera podido acusar de haber decidido falsamente? ¿Quién habría podido decir por anticipado lo que aquí era claramente correcto? En ninguno de estos casos es posible decirlo. Tampoco se encuentra en ninguna ley (general) y no puede estar, porque tales decisiones no son generalizables. Pero siendo esto así, entonces es la *tolerancia* uno de los más importantes mandamientos éticos en la sociedad moderna. La intolerancia puede operar aquí muy funestamente, y conducir en consecuencia a que los responsables en situaciones de decisión eludan el tipo de responsabilidad cuestionada y sólo hagan lo que signifique para ellos el menor riesgo personal, a lo mejor a costa de proyectos de investigación altamente significativos. Comportarse con exceso de cautela de ninguna manera es la respuesta correcta para todas las situaciones pretendidamente riesgosas, no sólo en casos tan espectaculares como los descritos arriba sino también en las muchas circunstancias de la vida diaria. La tolerancia tiene que posibilitar que hombres conscientemente responsables también puedan conducirse con responsabilidad, sin tener que temer secuelas legales si una empresa ha de acabar mal.

3. *Conducta arriesgada y conducta cautelosa*

¿Cómo ha de comportarse uno en la sociedad de riesgo, arriesgada o cautelosamente? “Los riesgos no son ninguna enfermedad, que haya de evitarse”, nos asegura Birgit Kleinwellfonder; “al contrario: en los riesgos se encuentran oportunidades”[22]. Esto puede ser así. Pero, en verdad, no se trata de

---

22 Birgit Kleinwellfonder. *Der Risikodiskurs; Zur gesellschaftlichen Inszenierung von Risiko*, 1996, p. 113.

exponerse a todo riesgo. Los motivos para asumir o evitar riesgos son múltiples. De una parte: razón, irreflexión, frivolidad, conciencia de responsabilidad, osadía; de la otra: pusilanimidad, precaución, inteligencia, razón, temor a la asunción de responsabilidad.

Para esto existe un notable ejemplo de que en los problemas muy graves uno debe decidir por el riesgo menor: la "apuesta" de Pascal. Teniendo en cuenta la inseguridad sobre la existencia de Dios, uno vivirá inteligentemente en forma devota y decente; si Dios existe, uno gana así la vida eterna; si no existe, entonces se ha renunciado inútilmente a una agradable vida viciosa, pero esto pesa poco con respecto al riesgo de la condenación eterna. Si se apuesta con ligereza a la no-existencia de Dios no se abandona el pecaminoso disfrute de la vida, pero se pierde la apuesta[23].

La Iglesia ha rechazado este juego de azar. No se puede apostar sobre la existencia de Dios. Pero Pascal no quiso decir nada sobre la existencia o no-existencia de Dios con su experimento intelectual. El quiso exponer cómo debemos decidir *razonablemente* con respecto a la incertidumbre sobre la existencia de Dios. La apuesta debe hacer claro al hombre que él necesariamente ofrece su envite sobre una incertidumbre y en esa importante decisión tendría que usar a lo menos el *cuidado* que uno acostumbra a usar en otras ocasiones, incluso en la mesa de juego. Si se quiere deducir un principio general de ese ejemplo se puede decir que en problemas existenciales de gran importancia se debe decidir por motivos racionales a favor del riesgo más pequeño. Probablemente John Rawls, por una reflexión semejante, ha dispuesto de tal manera que quienes ficticiamente enjuician en la *original position*, en donde se trata nada menos que de un orden justo en la sociedad, se comporten cautelosamente (ver arriba p. 480). Sin embargo,

---

23 Blaise Pascal. *Pensées*, ed. de Ewald Wasmuth, 8ª ed., 1978, fragmento 232. Pero, ¿no se llevará una vida decente cuando no se cree en Dios? D. B. Linke. *Hirnverpflanzung; die erste Unsterblichkeit auf Erden*, 1996, p. 44, opina sobre el "Juego de azar de Pascal": "Hoy se tiene la lógica del juego de azar al revés y no se quiere esperar inútilmente una inmortalidad, sobre la que no se sabe si jamás llegará. Así es de suponer que, de conformidad con la actual creencia terrenal, se adorne al cerebro con la mayor cantidad posible de centros de felicidad y en la prolongación de su existencia se empleen también tejidos ajenos. La postura en esta ruleta rusa suele ser el propio yo, que cultiva todos esos deseos y esperanzas en este mundo".

no se aceptará una regla tal sin excepciones. Cuando un enfermo grave, para el cual no hay casi esperanza, apuesta todo a una carta al decidirse por una nueva, arriesgada –pero única– prometedora curación, difícilmente se podrá considerar esa grave decisión como irrazonable. De otra parte, quien tiene comercio sexual con personas sospechosas de portar el virus HIV y no se protege, a pesar de la amenaza completa de contagio, sólo puede ser señalado como frívolo. Importa que la magnitud del riesgo y la calidad moral del fin perseguido estén en una relación adecuada entre sí. Esto se puede mostrar claramente en la jurisprudencia sobre dos casos. En el primero, dos inexpertos organizaron por pura petulancia un lanzamiento de cuchillos, en el cual uno de ellos fue herido de no poca monta. El tribunal condenó al lanzador por lesiones personales, pues a pesar de la voluntariedad del herido esto se clasifica como contrario a las buenas costumbres (o sea no adecuado socialmente), conforme al artículo 266a del Código Penal. En el segundo caso, dos artistas de circo ofrecieron un lanzamiento de cuchillos, en el que ocurrió lo mismo que en el primer caso; aquí se reconoció la ausencia de penalidad, porque el programa servía al legítimo esparcimiento del público y en consecuencia tenía un valor social. Qué sentido comprensible puede tener el que los practicantes del *surf* del tren metropolitano (metro) arriesguen por nada su vida, es algo que no se puede averiguar* (¿total falta de sentido?).

En una decisión de riesgo no tiene que tratarse siempre de vida o muerte, e incluso los juristas no siempre deciden en situaciones de riesgo en forma convincente. Observemos una vez más la sentencia del Tribunal Federal en el caso del bloqueo pasivo, ya conocido por el lector en el capítulo V (ver pp. 115 y ss.). Esta sentencia no deja casi ninguna duda de que el juez quiere evidenciar que sólo la "estricta, desnuda letra de la ley" (Feurbach) ha condenado a los prominentes acusados; su concepción personal no ha tenido en esto ningún papel[24]. En verdad se tienen que forzar un poco las cosas

---

* Travesura de muchachos irresponsables, que consiste en agarrarse de las puertas entreabiertas de vagones del tren metropolitano (n. del t.).

24 El Tribunal hubiera podido recurrir incluso a nadie menos que a Mahatma Gandhi, quien sorprendentemente llama la "huelga de brazos caídos" una "barbaridad", "porque es una forma inmadura de ejercer violencia. Es también cobarde, pues quien se sienta *dhurba* (presumiblemente una palabra hindú-inglesa) sabe exactamente que no será

para clasificar como "violencia" el simple hecho de permanecer sentados, y además, a pesar de la elevada reivindicación moral de los sindicados, como "reprochable" uso de la fuerza. Pero ese concepto está cubierto mediante la jurisprudencia del alto tribunal y la abundante aprobación de la doctrina. El Senado no ha sentenciado con seguridad falsamente, pero con certeza no es la única solución correcta ni tampoco la mejor decisión posible. Esconderse detrás de la ley y no asumir ninguna responsabilidad personal por la sentencia es temor al riesgo.

En el caso precedente se puede estimar esta reserva en cierta forma como inteligente, como un caso de conveniencia (*epikie*). El Tribunal ha mantenido formalmente en su integridad la ley y las reglas de interpretación para evitar así un posible escándalo en un asunto políticamente tan explosivo (sobre el concepto de *epikie* ver arriba, p. 381). Pero una praxis judicial semejante no puede volverse normal. Puesto que la idea de que la aplicación del derecho es *sólo* subsunción no valorativa no puede sostenerse seriamente. Bajo un rasgo normativo tan fuerte como "reprochable" no se puede en realidad simplemente subsumir. En verdad el juez está ligado a la ley. Pero ese vínculo no puede llevar a que él no esté dispuesto a asumir para sí ningún riesgo personal, en consecuencia que se esconda detrás de la ley y no quiera asumir ninguna responsabilidad por la sentencia.

Otro caso en el que el comportamiento cauteloso es problemático tiene que ver con la *doctrina del espacio libre de derecho* (ver sobre esto arriba pp. 405 y ss.). En la interrupción no penalizada del embarazo se quiere en ambos campos, el de los partidarios y los enemigos del aborto, una clara decisión: o conforme a derecho o violatorio del derecho, no otra cosa (son las gentes del todo o nada). Sobre todo la embarazada no quiere simplemente quedar exenta de pena, ella quiere un salvoconducto; la ley debe decir que puede hacerlo; ella no desea verse a sí misma confrontada con el poder o no poder.

---

pisoteado. Si nosotros combatimos activamente contra el enemigo, démosle a lo menos ocasión de responder al ataque. Exigimos que nos pisotee, sabiendo empero que no lo quiere hacer; entonces lo colocamos en una inadmisible y humillante situación". Palabras de la Paz (nota 20, pp. 71 y s.). Tanto como yo admiro a Gandhi, no puedo sin embargo estar de acuerdo aquí con él, pues los autores del bloqueo no provocan que se les pisotee, sino sólo que uno se aparte de ellos. Pero de ninguna manera quiero ocultar esa opinión.

b) La revolución de la biotecnología. Los avances de la técnica han conducido hoy al criterio indudable de que la investigación no es buena *eo ipso*; ella es ambivalente. Pero los males y amenazas de la *técnica física* se han demostrado hasta ahora como controlables y limitables.

Esto vale incluso para la *física nuclear*, por gigantescas que puedan ser y hayan sido ya las dimensiones del accidente de un reactor: Chernobyl (no hablo aquí de los peligros de una guerra atómica, sino sólo de la técnica civil). Hoy se protegen las centrales de energía atómica aun contra las consecuencias de un accidente aéreo, así un caso extremo como ese sea altamente improbable; pero si ocurriera –y esto podría ser en los próximos segundos– tendría efectos devastadores. Probablemente el riesgo residual que queda no es aceptable. Pero de esto no se trata ahora.

Se trata es de que nosotros vivimos una revolución tecnológica, que en comparación con las revoluciones técnicas en la esfera de la física tiene una dimensión enteramente nueva, quizás mucho más perturbadora, en todo caso imprevisible: *la revolución de la biotecnología*. Hans Jonas ha sintetizado esa nueva dimensión en la fórmula: “Los errores mecánicos son reversibles; los errores biogenéticos, irreversibles”.

“Los errores mecánicos afectan al objeto. Los errores biogenéticos se extienden fuera de él”[27]. Las consecuencias de Hiroshima, Nagasaki, Chernobyl dejan prever –así esto no se sepa todavía con seguridad– que mediante la liberación de fuerzas nucleares se han producido mutaciones[28]. Y precisamente esta es la otra dimensión. Mediante la agresión humana al patrimonio

---

“Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend”, en *JZ* 1987, pp. 837 y ss.; también, del mismo: *Über Gerechtigkeit*, 1993, p. 383. Un placer de lectura no deseo yo quitar al lector: L. Philipps. “¿Gibt es ein Recht auch für ein Volk von Künstlichen Wesen, wenn sie nur Verstand haben?”, en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, pp. 119 y ss.; no se trata ciertamente aquí de medicina reproductiva ni tampoco de clonación, sino de “Rotik”. Ver más recientemente también: P. Strasser/E. Starz (Eds.). “Personensein aus bioethischer Sicht”, en *ARSP*-Beiheft 73, 1997.

27 H. Jonas. *Technik, Medizin und Ethik; Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, 1985, p. 216; ver también 163 y ss.

28 Ver además Mario Schmidt. *Die neuen Ergebnisse aus Hiroshima und Nagasaki Über das strahleninduzierte Krebsrisiko*, 1989.

hereditario de los seres vivos pueden contrariarse, bajo determinadas circunstancias, procesos de evolución de cientos de millones de años de antigüedad y esto puede destruir un equilibrio balanceado en milenios. Ya se habla del "octavo día de la creación" y de la "bomba atómica en tubos de ensayo".

La expresión *biotecnología* no se utiliza de manera uniforme. En general cobija la aplicación integrada de bioquímica, microbiología y procedimientos técnicos, con el fin de usar el potencial de microorganismos, cultivos de células y tejidos o parte de ellos en forma técnica. Prácticas de esta índole existen desde hace mucho tiempo; por ejemplo, la clonación de plantas por los botánicos o los procesos químicos adelantados por los panaderos con hongos y levadura. Pero por "moderna biotecnología" se entiende algo completamente específico, o sea que se modifique en forma intencionada el código genético de microorganismos, con su plan de producción, y así su patrimonio hereditario se fije en un determinado producto. Mediante la biotecnología, así entendida, se interviene en la substancia genética, de tal manera que se puede originar un nuevo DNA, o mejor, DNS (portador de información hereditaria) y producir en forma artificial vida nuevamente combinada, con lo cual la evolución natural se acelerará muchas veces. Entretanto se deberá usar aquí el concepto de biotecnología por razones pragmáticas, en parte en sentido estricto y en parte en sentido amplio. Nosotros deseamos, en efecto, resumir bajo este concepto aquellos procedimientos que hoy se discuten desde el punto de vista de la bioética (el concepto de "bioética" se ha desarrollado sobre todo en Estados Unidos).

De una parte, entendemos "biotecnología" en sentido estrecho como "tecnología genética", en tanto tenemos en cuenta sólo aquellos métodos que se refieren a la *vida humana*, más exactamente que significan una disposición sobre la vida humana (con lo cual no se debe quitar importancia a la tecnología genética en las plantas y los animales, y sobre todo considerarla como no riesgosa). De otra parte, ampliamos el calificativo de "biotecnología", en tanto nos ocupamos con procesos vitales humanos, que no significan una intervención en la substancia hereditaria y por ello no caracterizan ninguna tecnología genética. Se piensa en los *métodos de tecnología de reproducción* o de la *medicina de reproducción*, esto es, la inseminación artificial (AID = Artificial Insemination by Donor), la fertilización *in vitro* (IVF) y la transferencia de embriones (ET). Aquí no ocurre con los

genes nada distinto a lo que también pasa en los procesos naturales de reproducción. Tomado de forma estricta tampoco es la *clonación* (*cloning*, *clonal reproduction*) una manipulación genética, ningún gen se cambia o se combina con esto. Si por manipulación genética se entiende, sin embargo, toda *genetic counseling*, *genetic screening*, o *genetic engineering*, entonces puede también subsumirse la clonación en ese concepto.

c) Técnica y ética. Se trata de la relación de la técnica con la ética (justicia material, justicia del bien común, son ética). La técnica prescribe lo que es "factible", la ética señala los límites. El problema de si el hombre debe hacer todo lo que puede es antiguo. Ya Aristóteles se ocupó de esto a partir de sus doctrinas de las virtudes dianoéticas. El hombre ya desde entonces había podido más de lo debido. Esa particularidad caracteriza directamente al ser humano.

Hay tendencias de cambiar unilateralmente hacia una u otra dirección la estructura interdependiente entre técnica y ética. En un caso se habla de la prevalencia de la técnica sobre la ética. Su triunfo es festejado por una "ética de los dominadores" en el mundo de la "poshistoria y de la posmodernidad".

Algunas veces se sobrepasa esa corriente, por ejemplo, cuando Robert Edwards, el "inventor" del bebé probeta, proclama el principio de que "la ética tiene que acomodarse a la ciencia y no al revés"[29]. Esto significa nada menos que la "marginación" de la ética, considerar superflua a la ética. Pero existe también la inversión en el otro sentido: el desprecio de la técnica por medio de la ética. Un ejemplo sobre esto es la *Instrucción de la Congregación Vaticana para la Doctrina de la Fe* emitida en marzo 10 de 1987 "sobre el respeto a la vida del hombre que está por nacer y la dignidad de la procreación"[30]. Allí se aprecian distintos métodos de medicina reproductiva y de genética humana según normas éticas, que fueron concebidas en una época en la que tales métodos eran todavía totalmente desconocidos. Como es natural, no todas las conclusiones tienen que ser por esa razón falsas. Pero por lo menos existe un déficit argumentativo, puesto que las normas

---

29 Citado según Martin Urban. *Süddeutsche Zeitung*, noviembre 27 de 1985.
30 Texto alemán en *Herder-Korrespondenz*, Jg. 41, abril de 1987, pp. 173 y ss.

referidas ignoran básicamente las cambiantes realidades, y su aplicación a ellas es así problemática, al margen de que esos principios y normas no pueden contar hoy de todos modos con un consenso amplio.

La interdependencia de técnica y ética tiene, empero, otro acento eternamente nuevo que ha conocido una agudización dramática. No es posible decir en muchos casos lo que biotécnicamente es permitido o prohibido antes de probar lo que es en general posible (una típica situación de riesgo para el mundo moderno). En verdad, la experimentación ha estado siempre acompañada por la incertidumbre acerca de si lo esperado tiene éxito y siempre ha habido el peligro de un desenlace dañino, pero antes esos daños eran limitados. Al contrario, hoy existe, en caso de accidentes con material biológico, la amenaza de desatar procesos no recuperables, que se difundan o se reproduzcan, esto es, que surjan daños *indefinidos.* Con ello emerge el siguiente dilema: las consecuencias de un método biotecnológico son a menudo sólo previsibles cuando no son evitables; pero previamente no es posible definirlas de ninguna manera y con ello tampoco calificar como permitido o prohibido ese procedimiento. Tiene naturalmente razón Hans Jonas en que, teniendo en cuenta la irreversabilidad de tales procesos biotécnicos, la prudencia vale como la mejor parte del coraje[31]. Pero, ¿significa esto, como opina Robert Spaemann, que sin más ni más tenemos que renunciar aquí a toda investigación y experimentación? Claramente se expresa en la frase: "Nosotros no tenemos la responsabilidad por lo que las próximas generaciones hagan con su vida, pero tenemos el deber de evitar todo lo que pueda hacer la tierra inhabitable". No obstante, ¿es en realidad tan claro que nosotros no tenemos que "responder [...] por las consecuencias de la omisión de tales acciones"?[32]. ¿No tenemos también una responsabilidad por la omisión frente a la humanidad actual? ¿Debe llevarse adelante un experimento genético-tecnológico que sirve para alcanzar un medio efectivo contra el cáncer sólo cuando el análisis del riesgo es favorable? ¿Es aceptable una "ética de abstención" semejante?

Por supuesto, no pueden los biólogos y éticos eludir simplemente los mandamientos y prohibiciones de la ética invocando la libertad de la ciencia

---

31 H. Jonas. *Verantwortung* (nota 18), p. 338.
32 R. Spaemann. "Widersprüche", en *Süddeutsche Zeitungw*, enero 15/16 de 1983.

y la investigación, pues ésta tiene sus límites inmanentes en los valores del cuerpo, la vida, la autodeterminación y dignidad del hombre, y esas limitaciones subyacen no sólo a la *aplicación tecnológica*, sino que existían ya en la *investigación básica*[33]. No necesitamos entrar aquí en la discusión sobre la diferencia de investigación básica (que ha de ser libre) y aplicación técnica de sus resultados (que podrían controlarse). Puesto que en la biotecnología se realiza de manera extraordinariamente rápida la transición entre investigación básica y aplicación, incluso en determinados casos ya la investigación básica *es* aplicación, así que el análisis no es neutral ni libre de valoraciones. Si en algún lugar es válido que la ciencia no sólo está tras la búsqueda de la verdad y el suministro de informaciones, sino que tiene frente a la comunidad una responsabilidad político-moral por su actividad y sus omisiones, es precisamente en la órbita de la biotecnología.

d) Fundamento de una bioética. Se pregunta entonces cuáles *medios* de bioética están a disposición para apreciar la permisión o no-permisión de la biotecnología. En primer término debe responderse *negativamente* esta pregunta, o sea, cuáles medios se han descartado. Estos son, mencionados en forma global, la invocación a un "orden preexistente", a la "naturaleza de los hombres" y la "naturaleza de la cosa"; en resumen, también a la "dignidad humana". A tales argumentos se recurre en Alemania todavía con agrado (después del abuso del derecho en el nacionalsocialismo es comprensible que se buscara anclar el derecho en lo predeterminado), y en especial la Iglesia católica se sirve de este tema. En la escena internacional no se va con eso demasiado lejos. Incluso el recurso a la "dignidad humana" no es una carta de triunfo. Este tiene valor como fórmula en el discurso internacional, mediante la cual se designa un consenso existente, pero no es un argumento idóneo para construir un consenso no existente (la "dignidad humana" es para ello demasiado abstracta y general, además, de contenido cambiante). Por añadidura, en este libro se ha tomado suficiente posición sobre estas cuestiones; no es necesario repetirla. ¿Cómo puede, entonces, argumentarse *positivamente*? Las normas éticas y jurídicas tienen que ser

---

33 Especialmente: Ley Fundamental 47, 327. Sobre libertad de investigación ver también H. F. Zacher. "Forschung, Gesellschaft, Gemeinwesen", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 373, 392.

capaces de generalización (imperativo categórico). ¿Cómo se llega a tales normas? De la misma manera que en la ciencia es también en la filosofía. Se tienen que interrogar las *experiencias*, se tiene que experimentar. El experimento de la filosofía es su entrada en la historia. La historia de la filosofía y concretamente de la filosofía del derecho ha elaborado un número relativamente pequeño de *principios fundamentales para la conducta ética y jurídica*, que, como sabe el lector de este libro, no tienen validez absoluta y supratemporal, pero poseen un alto grado de discernibilidad y con ello también de consensualización, o sea, sin aspiración de totalidad: el principio de igualdad de trato (incorpora el principio fundamental del *suum cuique tribuere*), la regla de oro en su significación negativa y positiva (incluye también el pensamiento del *nil nocere*), el principio de universalidad (el "primer" imperativo categórico de Kant), el principio de autonomía (principio básico de que el hombre "es fin en sí mismo"; segundo imperativo categórico de Kant), el principio de equidad, el principio de responsabilidad y el principio de tolerancia. No debe desconocerse que esos principios fundamentales, gracias a su abstracción, tienen un alto grado de razonabilidad y capacidad consensual. Pero de ninguna manera son fórmulas vacías. Sin duda reciben su contenido de los acontecimientos históricos, y en consecuencia esos contenidos no son absolutos y supratemporales. Si hubiera espacio aquí se expondría cómo tales principios básicos, en procesos normativos semejantes a estos, cuando menos tendrán que pensarse siempre como presupuesto transcendental (esto es ya evidente en el principio de igualdad de trato). Tampoco se pueden colocar esos principios básicos, desde el punto de vista teorético-argumentativo, al mismo nivel que la exigencia de respeto a la dignidad humana; ellos son mucho más específicos. Pero también ha de decirse que no es posible simplemente subsumir bajo principios fundamentales éticos y jurídicos, deducir de ellos y sólo de ellos consecuencias concretas. No existe una "ética de subsunsión" semejante. Dos principios tienen en el marco del anterior tema un notable papel: el principio de tolerancia y el principio de responsabilidad. El significado del *principio de tolerancia* se evidencia con las siguientes reflexiones. Muchas situaciones decisorias en el ámbito de la biotecnología contienen un conflicto no resoluble racionalmente. Cualquiera que sea la decisión puede traer consecuencias negativas. No sólo la decisión *para* un experimento genético-

tecnológico para lograr un medio efectivo en la curación del cáncer es riesgosa, también lo es la decisión *contraria*: lleva en sí misma el riesgo de frustrar una oportunidad de curación de esa enfermedad. Lo decisivo en esto es que la ética y el derecho no ponen a disposición ninguna norma de consenso, mediante la cual se pudiera deducir en tal situación cuál es la decisión correcta. Si ética y derecho no están en condiciones de suministrar criterios de decisiones racionales para tales casos de conflicto, entonces tendrá que tolerarse la correspondiente decisión, así como se tome.

Lo dicho puede generalizarse. Nuestro mundo moderno se caracteriza por el *alto grado de complejidad social*. Para poder actuar en él, el hombre tiene que formarse opiniones sobre determinados estados de cosas, sin que antes de actuar pueda estar convencido de la corrección de esos criterios. Puesto que la sociedad compleja es abierta, hay allí puntos de orientación, pero no sistemas de normas cerrados en los que pudiere leerse la forma de comportarse. No es posible hoy abarcar la cantidad de criterios de decisión, así como tampoco la clase de sus efectos recíprocos. Quien no pueda formarse ninguna opinión, a causa de la complejidad y apertura de las relaciones, no podría avanzar en este mundo y limitaría su acción al estrecho círculo de su ámbito personal. Si se quiere actuar de acuerdo con las situaciones no es posible esquivar el *problema de las anticipaciones riesgosas*, como las denomina Niklas Luhmann[34]. En sociedades altamente desarrolladas y complejas nadie puede actuar responsablemente sin correr el peligro de haber apreciado falsamente la situación. Vivimos ahora en el mundo de riesgo que presintió Friedrich Nietzsche. Por eso es completamente imposible sentar un principio del contenido, que ordene la omisión en caso de formas de conducta riesgosa no claramente valorables por anticipado. Nuestro mundo iría hacia un estado de inacción. Un principio semejante tampoco sería soportable en la tecnología biológica y genética. No tenemos ninguna elección; tenemos, como dice Karl Popper, que "proseguir en lo desconocido, lo incierto, lo inseguro"[35]. Pero, puesto que eso es así, la tolerancia es uno de los más importantes mandamientos éticos en el mundo moderno, ella es

---

34 N. Luhmann. *Vertrauen* (nota 21), p. 23.

35 K. Popper. *Die Offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Vol. I, "El mago Platón", 6ª ed., 1980, p. 268.

incomparablemente más importante de lo que fuera en el mundo cerrado de Platón y Tomás de Aquino. Para poder controlar nuestras tareas futuras tenemos que estar abiertos a lo nuevo. La actitud que es por principio abierta para los demás y para lo nuevo, y en consecuencia abierta para la indagación en lo desconocido, se llama tolerancia.

La tolerancia posibilita actuar responsablemente. Hace posible, por otra parte, también, una conducta irresponsable. En consecuencia, tiene que completarse el principio de tolerancia con el *principio de responsabilidad*. En la biotecnología, sobre todo en la tecnología genética, es esto de particular importancia, pues aquí a menudo no son previsibles ni controlables efectos dañinos, incluso de grandes proporciones. Por ello la mayor cautela es allí un mandato de la razón. Pero Hans Jonas, que ha advertido con tesón sobre esa prudencia, no quiere decir con esto que simplemente se omita la acción; más bien percibe, en la atención a la "incertidumbre última", esa cautela como una "condición de la acción responsable", también "para corresponsabilizarse anticipadamente por lo desconocido" y tener precisamente aquello "que se llama 'el coraje de la responsabilidad'"[36]. Una moral cuyo primer empeño está dirigido a evitar todo error y todo conflicto no es moral responsable. Tampoco se puede por ello, como algunos hacen, exigir una renuncia a determinadas investigaciones de tecnología biológica y genética, al margen de que tales exigencias son completamente ajenas a la realidad. De la misma manera, poco dice la referencia al posible abuso de la tecnología biológica contra su uso correcto: *abusus non tollit usum*.

Como es sabido, la categoría ética de la responsabilidad fue tematizada en especial por Max Weber, quien en la búsqueda de un nuevo principio útil para una ética política se topó con esa categoría. Desde entonces es corriente enfrentar *ética de convicción* y *ética de responsabilidad*. Pero también aquí falla el todo o nada. Una ética de responsabilidad que no se corresponda en convicciones correctas tiene que degenerar en una trivial ética del éxito, que quiere obligar a los hombres a una especie de programa de optimización para el universo. De otro lado, una ética de convicción, que sea ciega para

---

36 H. Jonas. *Verantwortung* (nota 18), p. 391. Ver también E. Bodenheimer. *Philosophy of Responsability*, 1980, pp. 86 y ss.

las consecuencias, ya no se funda en una convicción correcta. Sólo hombres dispuestos a mucho, pero no capaces de todo, merecen que se les confíe una responsabilidad, dice Robert Spaemann[37].

Una bioética tiene precisamente que considerar ambos aspectos. Y puesto que la biotecnología tiene consecuencias abundantes y en gran medida imprevisibles para el futuro, quizás también para un futuro muy lejano, la bioética tiene que ser *ética de futuro*, ética de responsabilidad futura, tal como Hans Jonas ha deducido del imperativo categórico: "Actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de vida genuina sobre la tierra"[38].

¿Qué resulta de esto? Negativamente puede trazarse un límite extremo, pues ningún ser finito puede asumir la responsabilidad por una decisión que sus descendientes hasta el más lejano miembro tengan que aceptar. Positivamente, no es tan fácil decir hasta cuándo es responsable la bioética. En resumen: cuidadosas ponderaciones de oportunidades y riesgos, análisis de costos-beneficios, principio de equidad (de ninguna manera es correcto un proyecto biotecnológico que trae progresos y beneficios sólo para la mayoría, pero perjudica exclusivamente a la minoría), prognosis y planeación.

La técnica es ambivalente, no es siempre buena. Pero tampoco la legislación es siempre buena. Hasta dónde debe sancionarse con medios penales la actividad en el ámbito de la biotecnología es algo vivamente discutido. Ante todo debe haber empeño en dotar a la biotecnología de algo semejante a lo que la medicina tiene desde hace miles de años: el juramento hipocrático. Luego habrá de verse si existe un campo de acción para el legislador penal.

e) El argumentar racional en situaciones concretas. Los principios éticos y la acción justa dan fundamento a la decisión concreta acertada, pero sólo un fundamento, una orientación, y no reemplazan la argumentación racional en la situación concreta. Qué tan concretamente haya que argumentar es algo que como es natural no puede reducirse a un común denominador. Sólo pueden traerse a cuento algunos ejemplos acerca de la

---

37 R. Spaemann. "Widersprüche" (nota 32), p. 115.
38 H. Jonas. *Verantwortung* (nota 18), p. 36.

influencia que tienen en decisiones de contenido justo las circunstancias históricas dadas. El primer ejemplo son los métodos de la *concepción artificial humana*, que sirven para procurar el niño deseado a parejas estériles. La inseminación *heteróloga* y la *fertilización heteróloga in vitro* (la donación de esperma, de huevos de embriones) es rechazada por la mayoría de expertos, en Alemania como en el extranjero. No se pueden desestimar peligros para el niño y el matrimonio (o para la pareja no casada). Pero una interdicción de la ley penal debería ser mucho más convincente.

Por el contrario, en los círculos responsables se aprueba con predominio la *medicina reproductiva homóloga*. Puesto que los motivos aquí son aceptados por la mayoría, deberá hablarse sólo de los contra-motivos y su plausibilidad. La posición contraria extrema es la tomada por la Iglesia católica. En la instrucción mencionada arriba (p. 537) se afirma inequívocamente que esos procedimientos contrarían "la propia dignidad del embrión como un ser humano" y hieren "el derecho de toda persona de ser concebida y nacer dentro del matrimonio y mediante el matrimonio"; también exige "la unidad del ser humano y la dignidad de su origen" que "la procreación de una persona humana tiene que provenir como fruto del específico acto de amor entre dos cónyuges"[39]. Pero esto ya no convence sólo con base en los principios tradicionales católicos (la cuestión de si un niño *sólo* debe provenir de un matrimonio tendría que responderla el propio lector). La tradicional doctrina de la procreación de la Iglesia, que se ha desarrollado a partir del debate sobre la regulación de la concepción, no puede en absoluto comprender los modernos métodos de la medicina reproductiva. En esta doctrina se trata siempre de defender a toda costa el acto *natural* para la *reproducción de la vida* y a partir de ahí impedir todos los dispositivos *artificiales* de anticoncepción. Pero ahora nos encontramos en la situación completamente contraria: por *medios naturales no es posible una concepción*, en consecuencia, se adoptan dispositivos *artificiales*, para *despertar la vida*. Por qué debe ser esto inmoral, no se comprende correctamente. El veto no debe valer seguramente para la generación del niño, ya que la Iglesia misma estima digna de protección a la vida, siempre que sea producida de manera biológica natural,

---

39 *Instrucciones* (nota 30), I, 6; II, B, 4.

así fuere de la manera más indigna imaginable, o sea en forma criminal. ¿Y la exigencia de la "unidad de amor y procreación" no es exageradamente ajena a la realidad, si se tiene en consideración el hecho difícil de negar de que muchos hombres no deben su vida a esa unidad? Además, una apreciación justa no debería desconocer que la vida de los "bebés probeta" expresa un sí sin reservas de los padres, o sea que son niños declaradamente deseados. Sin duda tiene razón el Vaticano en que no existe un "derecho al niño" y hay que conceder que la realización del deseo del hijo mediante medidas artificiales no siempre tiene capacidad para sanar por completo la presión dolorosa que se carga sobre los padres.

Un problema muy discutido es el de los *embriones superfluos*, esto es, los embriones producidos *in vitro* y que no se requieren más que para una implantación. ¿Qué debe ocurrir con ellos? Se hace referencia a la posibilidad de la crioconservación. Se objeta en contra sobre todo que el embrión manifiesta ya vida humana, lo que haría prohibir la congelación. A esto podría contraponerse, entonces, que ese método sería aceptable, pues por su medio el embrión mejora sus posibilidades de vida; la transferencia de embriones puede adecuarse así al ciclo de la mujer o permite realizar de esa manera una transferencia posterior que inicialmente no fue posible. Pero ahora se ha logrado (también en Alemania) que una célula de huevo *estéril* se congele y sólo se fertilice *in vitro* en momento favorable a la implantación; llegan los niños sanos al mundo. Una vez que las dificultades que todavía están ligadas a este procedimiento sean allanadas desaparecerá el fundamento para justificar más la conservación de embriones, pues la conservación de células de huevo estériles es menos cuestionable éticamente. En ese ejemplo se ve muy claro cómo los problemas éticos sólo pueden responderse siempre con fundamento en el objeto concreto.

Esto muestra todavía, bajo otro aspecto, el problema de los embriones excedentes, o sea la cuestión de si son permitidos experimentos en ellos. En la actual discusión se encuentra uno a menudo con el concepto de que no se debería producir embriones mediante fecundación extracorporal con el fin intencional de experimentar, pero si resultan sin tal propósito, es decir, casualmente, no se ve por qué deberían destinarse a una rápida muerte, en lugar de utilizarlos en la experimentación para beneficio de la humanidad. Que esta diferenciación tenga sentido es algo que puede ponerse en duda;

sobre todo cuando se atribuye al embrión una dignidad propia, no se percibe claramente cómo debe depender la permisión de experimentar de la intención que subyace a su producción. Pero se señala que se estaría en condiciones, en la fertilización *in vitro*, de evitar la persistencia del resto de embriones. Entonces se puede nada más, si acaso, experimentar con embriones que han sido producidos especialmente para ese fin[40]. A esta altura no se puede esquivar más el problema sobre cuál *estatuto moral y jurídico tiene el embrión humano.* En esto tendremos aquí –precisamente aquí– que protegernos de posiciones extremas indemostrables. No es posible determinar con los medios del conocimiento científico si un embrión posee individualidad y dignidad personal (en absoluto un alma inmortal). Pero, de otra parte, también el supuesto especulativo de que el embrión humano no sería nada más que un producto semejante a una frambuesa o un renacuajo no tiene en cuenta que en el embrión humano existe la plena potencialidad del hombre.

Esto no quiere decir, en absoluto, que la vida del embrión sería tabú. Tampoco la vida del hombre ya nacido es considerada como tan "sagrada" que no pudiera sacrificarse a toda clase de posibles intereses ajenos; esto enseña la experiencia cotidiana (¡tráfico automotor!). Pero, sin embargo, es de pensar que hoy la vida de los animales (superiores) es reconocida como digna de protección en mucho mayor medida que en los tiempos primitivos. Cuando se eleva con derecho la exigencia de limitar los mismos experimentos con animales a la cantidad absolutamente indispensable no pueden sin reserva autorizarse experimentos en embriones humanos.

Sólo en general puede plantearse el problema de si tales experimentos son permitidos en *casos* de excepción estrictamente limitados. Los argu-

---

40 Un problema muy parecido surge de la implantación de células cerebrales de embriones abortados en el cerebro de enfermos de Parkinson, con fines curativos. Se requieren para esto las células cerebrales de seis hasta 15 embriones (¿vivos?). El problema de la permisión de tales métodos ofrece una diferencia esencial si el aborto es independiente de la implantación o si resulta a causa de éste, o si incluso ya el embarazo se realizó en vistas a una donación futura (gratuita) de las células cerebrales del embrión. Sobre esto interesante, aun cuando en parte demasiado temerario, D. B. Linke. *Hirnverpflanzung* (nota 23), *passim*.

mentos de aquellos que tampoco aquí quieren aceptar excepciones suenan convincentes: si se producen embriones exclusivamente para fines de investigación se degradará la vida humana a simple objeto, y un tal desprecio de la dignidad humana difícilmente podrá compensarse, ni aun con importantes procesos investigativos.

Pero el principio básico de que el embrión no debe ser medio para otra cosa puede fácilmente perder firmeza cuando existe la perspectiva *concreta* de que mediante experimentos en embriones se encuentre el camino para poder luchar eficazmente contra una grave enfermedad, por ejemplo, la leucemia. En este caso hay de ambas partes buenos y respetables argumentos. De tal manera, sólo es posible decidir actualmente con alguna firmeza: una cuestión ética tan difícil no puede ser respondida ni aun por el legislador; él sólo podría colocar en el lugar de la discusión científica una medida autoritativa de poder, y que ésta haga justicia al problema es algo de lo que se ha de dudar con buenas razones. El riesgo, en cualquier forma en que se actúe en esto, es grande. Por ello la tolerancia es un apremiante mandato ético. Sólo con principios básicos no se logra contestar adecuadamente interrogantes éticos y jurídicos. Esto es válido también para los métodos de la *manipulación genética en seres humanos.* Existe acuerdo entre los genetistas humanos acerca de que los procedimientos con el fin de hacer una reparación de defectos genéticos en la germinación –esto es, la *terapia germinativa*, a diferencia de la *terapia genética en células somáticas*, por principio impensable– no son defendibles, a lo menos actualmente, pues una transferencia premeditada no es todavía posible; pero de una impremeditada no se puede responder. Otra cuestión es si esto requiere prohibición reforzada penalmente. Aun observadores críticos tienden con respecto a eso a considerar el test de masas como una visión en verdad inquietante, de un futuro próximo. Una necesidad de acción del legislador penal no existe, pues, por el momento. Pero es alarmante que se informe en creciente medida no sólo de la comercialización de órganos humanos sino también de patentes de genes, lo que debería fundar un derecho de propiedad sobre hombres y sus miembros.

Si la terapia germinativa se enjuicia luego de otra manera, una vez sea posible calcularla (muchos expertos dudan de esa posibilidad), es algo que no está en esta conexión. Hay fundamentos de peso para estimarla también

ilícita. Con esto probablemente el peligro de la selección humana, que precisamente se puede realizar sobre la terapia germinativa de una eugenesia positiva, sea el menos agudo. Mucho más en serio ha de tomarse el que las consecuencias de semejante intervención también serían definitivas para las próximas generaciones, y con ello, como ya se ha dicho, estaríamos frente a la "dominación de los muertos sobre los vivos". Desde esta perspectiva formula el científico americano Barry Commoner como ley capital de la ecología, que puede aplicarse directamente a la terapia genética, la siguiente: "Todo crecimiento humano que parta de cambios en un sistema natural es *dañino para ese sistema*", o sintéticamente: *nature know best*[41]. A esto se agrega que mediante manipulaciones genéticas –como por lo demás mediante clonación– los derechos del hombre, de ser producto de una casualidad y no tener que saber de su propio destino, se perturbarían sensiblemente. De hecho puede ser correcto que el procedimiento de introducción de una nueva formación hereditaria en células germinales humanas sea señalado en círculos de expertos como inaceptable probablemente para siempre. Pero un "jamás" definitivo para todo futuro no debe ser pronunciado por un ser finito. Si en realidad alguna vez se está cerca de obtener triunfos sobre el cáncer, sobre numerosas enfermedades hereditarias, sobre dolencias del metabolismo (depresiones) y quizás también sobre el Sida, habrá también nuevas reflexiones sobre el pro y el contra de los métodos genético-tecnológicos. Finalmente, el principio *natura know best* también es sólo la verdad a medias. De una parte, no se sigue de allí que el hombre pueda hacer todo lo que ocurre en la naturaleza, esto es, destruir valores porque también ocurre mediante rayos, granizadas, terremotos e inundaciones y fenómenos semejantes (tampoco la clonación es permitida porque la naturaleza produzca mellizos). De otra parte, pertenece, por así decirlo, a la "naturaleza" del hombre intervenir formativamente en los procesos naturales. Hasta dónde pueda ir esa formación no es posible responderlo de manera definitiva. Pues esto también depende siempre de las circunstancias concretas y con esto en particular aquello que se pueda alcanzar en cuanto a fines positivos y evitar en consecuencias negativas.

---

41 B. Commoner. *The Closing Circle*, *Nature*, *Man and Technology*, 1971, p. 41.

Algunas de las materias arriba tratadas son reguladas en la Ley de protección del embrión, de diciembre 13 de 1990: casos de abusos en la aplicación de técnicas de reproducción (para otras finalidades distintas a la conducción de un embarazo), uso abusivo de embriones humanos (sobre todo para experimentos); prohibición de escogencia de sexo; fecundación arbitraria o transferencia de embriones; fecundación artificial después de la muerte del donador de esperma; cambios artificiales de las células germinativas humanas; clonación de humanos; construcciones quiméricas e híbridas y otros aspectos. La Ley de protección del embrión, en comparación con sus análogas de otros países, está concebida en términos relativamente rígidos y es rigurosa en sus prohibiciones.

Esto es regulado de manera diferente en la Convención Europea de Derechos Humanos para la Biomedicina, de diciembre 16 de 1990. Así de detallada como es esa convención, así mismo es sólo una obra inconclusa. Importantes problemas de la bioética no son tratados en ella. Se echa de menos, por ejemplo, la medicina reproductiva, también la interrupción del embarazo y la eutanasia. Se reglamentan, entre otros puntos, la investigación en los no capaces de consentimiento, la investigación en embriones, el diagnóstico de preimplantación, los test genéticos predicativos (especialmente este punto es cuestionable), la intervención en el genoma humano, la toma de órganos de donantes vivos. Entre paréntesis están sobre todo los temas en los que no se ha alcanzado ningún consenso internacional, lo que es evidente en la interrupción del embarazo y la eutanasia. La convención se depositó en abril 4 de 1997 en el Consejo de Europa para su trámite final. Alemania no se ha incorporado a ella, con fundamento en la insuficiente protección de embriones humanos en experimentos. Se ha reservado una adhesión para más tarde.

f) La clonación de humanos. Sobre la clonación de seres humanos se habían previsto aquí originalmente sólo unas pocas observaciones. La cuestión no parecía madura. Yo mismo escribí en 1985 que la posibilidad de un tal procedimiento estaba en un lejano futuro, si es que acaso alguna vez debiera convertirse en realidad[42]. Pero a comienzos de 1997 irrumpió

---

42 A. Kaufmann. "Der entfesselte Prometheus; Fragen der Humangenetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht", en R. Flöhl (Ed.). *Genforschung; Fluch*

desde Escocia la sensacional noticia de que se había logrado la clonación de una oveja (cuando el presente libro se encontraba ya en imprenta)[43]. En una filosofía del derecho de *contenido*, en la que toma un puesto central la *justicia social*, dentro de la que la bioética otra vez es la más actual y al mismo tiempo la más explosiva disciplina, la cual presumiblemente por un largo tiempo cumplirá un papel clave, no se puede pasar ahora sin pena ni gloria el problema de la clonación de seres humanos. La pregunta sobre si alguna vez habrá seres humanos clonados toca con extrema sensibilidad el *bonum commune*.

Clonar es la producción dirigida artificial y asexuadamente de ejemplares de seres vivos genéticamente idénticos. Considerada en forma estricta, la clonación no es un caso de manipulación genética, pues se reproduce el completo y genuino carácter hereditario de un individuo. La clonación en sí no es nada nuevo. Ya desde hace mucho tiempo los botánicos clonan e injertan plantas y utilizan cerveceros y panaderos la capacidad de hongos y levaduras para poner en movimiento procesos químicos. Pero la clonación de animales plantea ya, por el contrario, una nueva dimensión, en todo caso cuando se trata de animales mamíferos. Lo último hace poco se logró con ratones y sólo cuando apenas el productivo núcleo celular es un embrión. Se ha supuesto precisamente que sólo en núcleos celulares de *embriones*, que han recorrido apenas pocas *divisiones celulares* y aún *no se han especializado*, son todavía accesibles todas las informaciones; en organismos de seres vivos *adultos* están *especializadas* las células de acuerdo con la clase de tareas (nariz, riñones, pulmones...); no hay ningún acceso a las otras partes.

Ese acceso existe ahora. En el experimento escocés mencionado ha conseguido el investigador Ian Wilmut producir mediante clones dos ovejas

---

oder Segen?; Interdisziplinäre Stellungnahmen (Gentechnologie-Chancen und Risiken 3), 1985, pp. 259 y ss., 271.

43 Medio año después se dio a conocer por el mismo laboratorio otra novedad. De igual manera se clonó una oveja y para ello se implantó un gen humano. Con esto se prometió que el animal adulto con su leche eliminará albúmina humana, con lo cual se podrán hacer medicamentos, por ejemplo, para pacientes hemofílicos. De esa manera el experimento debería ser económicamente rentable. En el mundo de los expertos se advierte, sin embargo, que un solo experimento de este tipo es aún poco convincente.

genéticamente idénticas, para lo cual fueron tomadas de una oveja plenamente desarrollada *células somáticas y diferenciadas*, concretamente de la ubre[44]. La oveja clonada, según se informa, vive y está sana. Lo sensacional de este procedimiento consiste en que la información genética de un mamífero desarrollado aun en la más simple célula somática puede estar en capacidad de producir sucesores. Y mientras la cría de células embrionales es muy costosa y difícil, puede la clonación con células somáticas desarrolladas resultar “en cadena”, pues estas son disponibles en número casi ilimitado. Aquí reside un muy notorio riesgo. ¿Se puede impedir un desarrollo semejante o por lo menos controlarlo?

¿Cómo se debe argumentar aquí, pues el *argumentar* en un ámbito especial de la bioética, la clonación de seres humanos, ha pasado de un estudio más bien espectacular a uno próximo a la realidad? Es un argumentar *en un campo de riesgo por excelencia*.

A la vista del experimento escocés la humanidad contiene el aliento. La producción asexuada y sin semen de un mamífero completamente desarrollado, por medio de una simple célula corporal se ha logrado con éxito, y cualquiera percibe que el camino hacia la clonación de seres humanos no puede estar muy lejos.

Naturalmente emergen de nuevo las viejas fantasías sobre la producción masiva de hombres de calidad al gusto y a la medida, hombres con la inteligencia de Albert Einstein, con la belleza de Cleopatra, con la capacidad política de Richelieu, o también súbditos completamente medianos, que ejecutan buena labor y obedecen sin condiciones. Puede saludarse a Aldous Huxley.

Pero, sea como sea, tales fantasías no nos parecen hoy en absoluto quiméricas, como sí aparecían antes en Huxley. Los investigadores en ciencia natural y medicina se prometen ya también muchos beneficios de la clonación de humanos. Mujeres cuyo ovario es estéril pueden ser ayudadas

---

44 Entre tanto (agosto de 1997) se han anotado algunas confusiones. Aparentemente Wilmut realizó dos experimentos distintos. El uno es el descrito aquí. En el otro experimentó él con el tejido de un feto de 26 días, cuyas células estaban ya ampliamente diferenciadas y cuyo corazón ya latía. Nacieron tres corderos.

por la clonación a tener el hijo deseado, y muchos profetizan que la clonación humana se realizará prontamente. Como otro posible campo de aplicación se menciona el trasplante de órganos. Se podría eliminar la notoria falta de órganos mediante esto; los clones se podrían tener como una especie de depósito de partes de repuesto. No obstante, una "medicina de repuestos" podría ser tan macabra que sería conveniente seguir desarrollando estas reflexiones.

Pero hoy no es posible despachar sencillamente el problema de la clonación de humanos como una fantasmagoría. Y en todo caso se tiene que considerar la admonición de numerosos científicos naturales y médicos, quienes insisten más y más en que las barreras éticas y jurídicas impiden más allá de la cuenta la investigación en nuestro país, lo que obliga a quejarse en cuanto a Alemania. De todos modos ya se encuentra relegada a segundo plano frente a países "progresistas".

Sin embargo, aquellos que abogan por la *prohibición de la clonación de humanos* son mayoría, por lo menos entre nosotros. Pero allí apenas comienzan los verdaderos problemas. No es completamente claro que el aparte 9 de la Ley de protección de embriones, que regula la clonación, también cobije el experimento de Escocia, que análogamente se puede transferir a humanos. En consecuencia, se exige ya una reforma de la ley (así de rápido se vuelven hoy obsoletas las leyes). Pero sólo con una prohibición legal no se obtiene mucho. ¿Qué *motivos* se suministrarán para la prohibición; cuáles son soportables, cuáles no? Una prohibición legal de la clonación de humanos es en extremo difícil de ejecutar, tiene que ser una prohibición mundial y que funcione mundialmente. Además tiene que ser obedecida inquebrantablemente, pues una sola clonación humana puede desencadenar una avalancha.

El argumento más socorrido, por lo menos en Alemania –no en general en el mundo–, reza que la *clonación de humanos hiere la dignidad humana*. Acerca del argumentar sobre la dignidad del hombre ya se ha dicho algo en las páginas 333 y siguientes. Este argumento es también correcto y necesario, pero su solidez es sobrevalorada a menudo por muchos, sobre todo por no juristas. La "dignidad humana como tal" es muy abstracta y general. Por esto se puede deducir casi todo de ella. Así, tanto partidarios como enemigos de la clonación de humanos invocan efectivamente la dignidad humana.

Estos estiman la clonación de humanos, especialmente la sociedad sin paternidad, con su reproducción asexuada, como humanamente indigna; aquellos son de la opinión totalmente contraria, esto es, que la reproducción en laboratorio es radicalmente más humana que la concepción en el comercio heterosexual; el hijo es deseado, escogido y controlado, y ahí se diferencia el *homo sapiens* del animal. Dos afirmaciones que se contradicen de tal manera se pueden "deducir" de la dignidad humana. Porque se entiende ésta en forma muy general, casi sin contenido. Sólo si el mandamiento del respeto de la dignidad humana se *concretiza en contenido y se positiviza* es posible argumentar *materialmente* con él. Lo enojoso es que luego *no se va muy lejos con la capacidad de consenso del argumento de la dignidad humana.* Por ejemplo, Johannes Reiter, que se esfuerza por la "dignidad humana como medida" en problemas bioéticos, se apoya en la concretización de esa medida en la concepción cristiana, conforme a la cual la dignidad humana se funda en el "consentimiento" que Dios ha manifestado a los hombres y también en su persistencia a través de todas las imponderabilidades humanas. Reiter ve allí la "última legitimación de la dignidad humana"[45]. Seguramente no pocos compartirán su opinión, pero con toda certeza también muchos no podrán seguirlo. La prohibición de la clonación humana no tiene sólo que ser aceptable para cristianos sino también para hindúes, para partidarios de las religiones naturales, para ateos, liberales, marxistas… tiene que ser cobijada y fundamentada *ac sic non esse Deum* (Hugo Grocio), como si el mundo estuviese lleno de demonios. Es evidente que las afirmaciones particulares de otros hombres o grupos, ya sean musulmanes, liberales, ateos, confucianos, etc., como tales, generalmente tampoco tienen capacidad de consenso; dejando en esto de lado que, como ya se mencionó, en cuestiones riesgosas de todos modos la búsqueda de un consenso es un problema[46].

---

45 J. Reiter. "Bioethik und Menschenwürde; Ethische Aspekte der Biokonvention des Europarats", en *Stimmen der Zeit* 214 (1996), pp. 579 ss.

46 Birgit Kleinwellfonder. *Risikodiskurs* (nota 22), p. 178: "En la versión sociológica del trámite inicial de cuestiones riesgosas, se quiebra la esperanza sobre un punto de vista general válido, a partir del cual los riesgos son para todos iguales. El disenso en problemas de riesgo se planteará como normalidad y esto significa que el discurso del riesgo se confrontará con el reto de elaborar la comprensión a pesar de divergencias

Se oye y lee ahora a menudo, incluso en círculos no eclesiásticos, que experimentos del tipo del escocés son "una intervención ilícita en la creación", aquí de "algún modo se juega a Dios". Pero esa objeción no se sostiene en un examen más próximo. Se parte (acaso en el sentido de una condición trascendental de la posibilidad del ente en general) de que toda existencia terrenal proviene de una *prima causa*, de una causa no causada de todos los entes; entonces también el ser clonado proviene de esa causa –que no lo sea directamente carece de importancia–, finalmente es también "natural": el hombre no clonado sólo deviene hombre a través de los miembros intermedios de la evolución y de la procreación sexual. Luego se hace la siguiente reflexión: si la capacidad de clonar seres vivos no estuviere anclada en la "naturaleza", a lo menos en la naturaleza espiritual del hombre, ¿cómo podrían entonces resultar exitosas las clonaciones? ¿Quién puede decir que según el orden del ser sólo la procreación sexual es dable? Como es evidente este no es el caso. En el *Fausto* de Goethe no es engendrado en vulgar forma sexual y con placer animal este "homúnculo" anticipatorio: "¡Líbreme Dios! La manera de procrear a la antigua usanza la declaramos picardía vana [...] Si el animal halla placer aún en ello, el hombre con sus grandes facultades ha de tener en el futuro un origen más puro y elevado".

También cuando el hombre sea clonado permanecerá atado *a las leyes de la naturaleza*, que él no podrá suprimir jamás; él no puede ejecutar ningún milagro, no puede *crear nada originario desde la nada*, ni siquiera una pequeña flor podría él producir creativamente, puede a lo más copiarla. En la clonación se trata, pues, de *copias*. Para realizar una copia se necesita el *original*. Pero éste no proviene de humanos. En la clonación no puede hablarse de una intervención en la creación. De ésta sólo podría hablarse cuando la clonación no estuviese sujeta a las leyes naturales y creara algo nuevo. Pero esto no es, como se ha dicho ya, el caso. Una *prohibición de la clonación humana* no es sencilla ni autocomprensible. Muchos países son "más liberales" que Alemania: Holanda, Gran Bretaña, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda... Es dudoso que Alemania pueda sostener internacionalmente dicha tesis, sobre todo porque los problemas alemanes en una

---

inconciliables". En el reverso se encuentra: "En cuestiones de riesgo no se ha de alcanzar ningún consenso".

gran proporción son domésticos. ¿De dónde nace propiamente la certidumbre de que con una prohibición legal de la clonación se ha hecho lo indispensable? ¿Alguna vez el hombre ha dejado de hacer algo en el campo de la ciencia natural y de la técnica por motivos morales y jurídicos, allí donde ha estado en la situación de hacerlo? ¿No habría sido lo indicado decir con la bomba atómica: nosotros podemos fabricarla, pero no lo haremos?

En contra de una opinión difundida ha de relevarse que la *fundamentación de la prohibición* no puede resultar de que el hombre ha descubierto cómo se clonó y ahora "juega a Dios". Primero, el hombre no puede en absoluto "jugar a Dios", en tanto lo producido no sea primera causa o pueda serlo. Pero luego y sobre todo ha de preguntarse por qué debería elevarse un reproche contra el hombre porque él descubra cómo operan las leyes de la naturaleza y aprenda a servirse de ellas. El lo hace desde hace cientos de miles de años. Esto comenzó cuando los monos utilizaron una piedra para partir nueces. Mi abuelo tenía una incubadora por medio de la cual incubaba huevos de gallina. Alguna vez alguien descubrió cómo marchaba esto. Como es de suponer, el hombre en el futuro también descubrirá muchas leyes naturales –por lo menos así queremos esperarlo, precisamente para que el cáncer, el SIDA y otras plagas de la humanidad se liquiden. Cuando algo semejante se haya conseguido, el hombre todavía no será por largo tiempo Dios-padre. ¿Por qué debe serlo al descubrir cómo se clona vida humana? Siempre es el mismo esquema: puesto que las leyes naturales –a diferencia de las entelequias– no están fijadas para un resultado final, puede encauzarlas todo aquel que las comprenda. No, a base de que el hombre *pueda* clonar no puede apoyarse la prohibición. La prohibición tiene que fundarse, independientemente de eso, en la *materia*, en lo que según su naturaleza es clonar seres humanos y lo que eso produce.

Dos motivos se encuentran en primera fila. El primero de ellos: el hombre clonado debe servir fines que se encuentran por fuera de su persona, es decir, fines ajenos: debe ser depósito de órganos para hombres "normales"; debe obedecer como súbdito ciego exclusivamente para los propósitos del Estado; debe ser, como copia, un repuesto de su madre para un deseo no realizado de un hijo "natural", no clonado, sin oportunidad de desarrollarse como una personalidad autónoma. Esto se estrella contra el "segundo" imperativo categórico de Kant: "Actúa de tal manera que, tanto

en tu persona como en la persona de cualquier otro, en todo tiempo requieras la humanidad como fin y nunca como simple medio"[47]. Contradice la *idea de la autonomía y la indisponibilidad de la persona* y es en consecuencia prohibido tanto ética como jurídicamente. El segundo fundamento: paradójicamente es percibido por los defensores de la clonación humana como una ventaja. En la medicina reproductiva obtiene el mismo hombre el *dominio sobre la procreación humana* y con ello se *suprime la casualidad en la propagación sexual*. En la cita mencionada arriba prosigue Goethe: "Un gran proyecto parece insensato al principio, pero en el futuro nos reiremos del azar [...] para lo natural, apenas basta el universo, mientras que lo artificial sólo exige un espacio reducido...". Sin embargo, la exclusión de la casualidad es el más serio reparo contra la clonación humana. El hombre clonado *sabe sobre su destino*. El sabe cuáles enfermedades, en la medida en que son condicionadas genéticamente, lo afectarán seguramente, de tal manera que en la premonición de futuras enfermedades no puede gozar el tramo saludable de su vida. El hombre clonado *no es libre*, pues el hombre sólo puede, según la frase de Hans Jonas, ser libre en la ignorancia de su destino[48]. Y en otros apartes dice Jonas que la casualidad del tráfico sexual es para nosotros la felicidad irremplazable, pues su impredecibilidad es más digna de confianza que opciones efímeras. En la clonación de humanos se viola anticipadamente *un derecho fundamental a no saber* que pertenece indefectiblemente a la libertad existencial. "El conjunto es frívolo en los motivos y moralmente reprochable en las consecuencias"[49]. Jonas ofrece esto sobre el punto. La clonación humana es incompatible con la dignidad humana, que se apoya en *la individualidad no intercambiable y la unicidad de la persona*. Para un hombre que se hace consciente de haber sido ya alguna vez, todo es naturalidad, todo espontaneidad, todo tomado con la despre-

---

47 Kant. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, p. 429.

48 H. Jonas. *Technik* (nota 27), pp. 162 y ss., 204 y ss.

49 H. Jonas. "Technik, Ethik und Biogenetische Kunst, Betrachtungen zu der neuen Schöpferrolle des Menschen", en R. Flöhl (Ed.). *Genforschung* (nota 42), pp. 1 y ss., 13. Ver también K. Stürmer/Ralf Tscherwinka. "Klonierung von Menschen?", en A. Kaufmann (Ed.). *Moderne Medizin und Strafrecht*, 1989, pp. 213 y ss. Luego todavía J. Reiter. "Klonen von Tieren und Menschen; Bioethik auf der Suche nach ethischen Grenzen", en *Stimmen der Zeit* 215 (1997), pp. 363 y ss.

ocupación del más o menos del devenir, porque para él su destino está frente a sus ojos como una imagen reflejada en el espejo.

La objeción: "Pero la naturaleza también clona", no produce efecto, pues los *mellizos univitelinos* tienen una disposición hereditaria idéntica, pero ésta se origina en el padre y la madre; en consecuencia, no son las copias de una sola persona, no son en absoluto copias. También debe pensarse si en la clonación hay *una relación de procedencia entre original y copia*. En los mellizos univitelinos, por el contrario, son *los dos descendientes genéticamente idénticos* y, puesto que son de la misma edad, no pueden tener la imagen "de haber sido ya una vez". En ellos la naturaleza *precisamente no ha clonado.*

g) El discurso bioético. Sobre la teoría del discurso, especialmente sobre la ética del discurso, así como sobre las teorías de la verdad, se ha dicho lo indispensable en el capítulo XVIII. Aquí deberán sólo resumirse de nuevo las *particularidades del discurso bioético.*

La teoría del discurso quiere obtener proposiciones verdaderas, o bien, correctas, a partir del proceso de comunicación racional. Las reglas del discurso no están ligadas a un contenido determinado o comparativamente concreto, en nuestro caso a la bioética. Ellas tienen carácter general. En consecuencia se trata de una *teoría general del discurso y la argumentación* (análoga a una doctrina general jurídico-procesal).

En las páginas 329 y siguientes, se aclara, en el ejemplo del proceso jurídico, que no se pueden determinar reglas del proceso sin tener en cuenta el "objeto procesal", conforme al cual se diferencian las distintas clases de procesos (penal, civil, administrativo). Las reglas de procedimiento penal, por ejemplo, tienen que ser orientadas por el derecho penal material y los casos del derecho penal de la vida. Lo correspondiente vale para el discurso bioético. Las reglas formales, generales del discurso, no son suficientes para normarlo, ni mucho menos para determinarlo. A causa de su generalidad y "pobreza de contenido" no lo "aprehenden". También el discurso tiene que tener un "objeto discursivo" (ver pp. 506 y s.). Este se determinará por los *rasgos particulares del contenido*, que lo identifican precisamente como un discurso "particular", un discurso bioético. El discurso bioético tiene que ser un discurso sobre bioética.

Las principales *especificidades del discurso bioético* son, de conformidad con lo dicho arriba en las páginas 534 y siguientes: aa) se tiene que tratar de un *discurso sobre bioética* (sobre el objeto discursivo).

bb) Se refiere a un *discurso práctico normativo.* En discursos teóricos, empíricos, se pueden elaborar en todo caso por principio soluciones unívocas, necesarias; básicamente hay *una* única solución verdadera. Por el contrario, en discursos prácticos, normativos, hay a menudo no sólo *una* respuesta correcta sino *muchas* respuestas "sostenibles", "plausibles", "concordes". Esa particularidad dificulta en gran medida la formación de un consenso.

cc) Las decisiones en la esfera de la bioética son en su mayor parte en alto grado *decisiones de riesgo*. Esto significa que en el momento en que se han de tomar las decisiones existe una seguridad más o menos grande sobre cuál es la decisión correcta.

dd) Como se ha señalado en las investigaciones sociológicas, en las cuestiones de riesgo no hay *por principio* ningún consenso.

ee) Conforme al *utilitarismo negativo*, también hay una simple *seguridad relativa* en el discurso bioético, regularmente *sólo en sentido negativo* (ver arriba pp. 325 y ss.). Que los experimentos en embriones no son permitidos puede decirse con mayor certeza que afirmar algo positivamente sobre formas permitidas de medicina reproductiva.

El significado que tiene el principio de tolerancia para la bioética es algo que se ha subrayado repetidamente. ¿Pero qué es tolerancia? Todos creen saberlo, pero cuando se debe definir con precisión comienzan los apuros.

V. EL PRINCIPIO TOLERANCIA

1. *Complejidad social y tolerancia*

Si uno quiere expresarse sobre el tema "tolerancia" no puede hacerlo más a la manera despreocupada en que, por ejemplo, John Locke, en su notable "Carta a la tolerancia" de 1689, y Voltaire, en su brillante "Tratado sobre la tolerancia" de 1763, lo han hecho. Y esto no es sólo a consecuencia del progresivo avance de la secularización en nuestro mundo, en el cual la tolerancia ya no es prioritariamente un problema especial de libertad religiosa. También la observación seguramente acertada de Sontheimer, de que la tolerancia hoy más bien se ha tornado en el vicio del indiferentismo,

antes de poder ser reconocida en su verdadero significado[50], resulta insuficiente para aclarar nuestra situación actual.

Habrá de suponerse más bien que la muchas veces invocada "complejidad" de nuestras relaciones sociales afecta considerablemente también el problema de la tolerancia, pareciendo así indicada, bajo este punto de vista, una nueva reflexión. Antes de poder desarrollar un concepto propio tiene que ofrecerse un breve diseño de la génesis del problema de la tolerancia, a fin de dejar en claro el presupuesto de que aquí se parte.

2. *Intolerancia dogmática y tolerancia práctica (cívica). Tolerancia represiva*

Ya se ha hecho alusión a que la idea de tolerancia en el Occidente cristiano se inflamó sobre todo en la cuestión de la libertad religiosa[51]. Esto repercute hasta hoy en la forma en que la tolerancia es ventilada como problema jurídico, predominantemente en conexión con el artículo 4º de la Ley Fundamental (libertad de creencia, de conciencia y de profesión de fe). La cuestión decisiva era y es en esto la de relación de verdad, libertad e igualdad, o sea, para decidirlo en una breve fórmula, si el error por causa de la libertad tiene el mismo derecho que la verdad. La respuesta rezó a través de los siglos y reza hasta hoy en la mayoría de los casos: no. De allí se deriva que evidentemente aquellos que se consideran poseedores de la verdad absoluta y total –esto hizo y hace la Iglesia católica–, no puedan aceptar a quienes (según su opinión) yerran. Lo más que pueden hacer, en todo caso, es "tolerarlos", "soportarlos".

Ya en este aparte se ha indicado que la propia comprensión del concepto de tolerancia se empleará en un sentido esencialmente más amplio que el reducido a la libertad de religión y opinión, la cual es de tal clase que a

---

50 K. Sontheimer. "Das Allgemeine und das Akademische", en U. Schultz (Ed.). *Toleranz; Die Krise der demokratischen Tugend und 16 Vorschläge zur ihrer Überwindung*, 1974, pp. 50 y ss., 57.

51 Sobre esto especialmente la documentación de H. Lutz (Ed.). *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, 1997; aquí en particular el ensayo de U. Scheuner. "Die Religionsfreiheit im Grundgesetz", pp. 372 y ss.

quien cree o piensa distinto sólo se le tolera más o menos a disgusto, como a un "equivocado", sin tener en cuenta en absoluto que éste pueda tener razón y uno mismo no la tenga. Tolerancia en sentido positivo es, por el contrario, una aceptación franca del otro –precisamente también en los problemas de la verdad– como un ser humano igualmente respetado; ella permite ser al otro, como ya lo había exigido Anaximandro, tal y como es (ver arriba pp. 64 y ss.). O como Goethe dice en las *Máximas y Reflexiones*: "La tolerancia tiene que conducir al reconocimiento. Soportar significa agraviar".

Pero si la tolerancia se entiende de tal manera que el otro sea sólo soportado como un "desviado", entonces aparece ella como "un mal necesario, ya que impondría a la sociedad, o bien el no poder reprimir a los que piensan distinto, o bien los onerosos costos sociales de la represión"[52]. Para los "tolerantes" en este sentido, la opinión de los que piensan distinto es algo fastidioso (*tolus*), una contrariedad, su "error" es marcado con hierro candente como un "ilícito"[53]. Incluso el Papa León XIII dice que el problema de la tolerancia sería el problema de "soportar el mal", por lo cual es un mandato de "sagacidad política" contener en lo posible este "mal" en sus límites[54]. Esto también es lógico. Si el error del otro es un escándalo, un ilícito, una maldad, la tolerancia no es una cuestión de controversia respetuosa con él, sino precisamente un problema de "dejar vivir, siempre con la esperanza de convencer al otro de su impotencia, mediante la prueba diariamente suministrada de la propia fuerza y superioridad, obligarlo a abandonar sin lucha su posición y así eliminarlo como enemigo"[55]. Ese ideal es sin duda la sociedad "cerrada", unida en una sola creencia, la ortodoxia, y la reacción legítima contra la herejía no es soportarla sino, por lo menos en principio, combatirla. Ya Tomás de Aquino, a pesar de lo abierto

---

52 R. P. Wolff. "Jenseits der Toleranz", en R. P. Wolff/B. Moore/H. Marcuse. *Kritik der reinen Toleranz*, 5ª ed., 1968, p. 21.

53 Así R. Hofmann. "Toleranz", en *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 6ª ed., T. 7, 1962, pp. 1007 ss., 1008. Ver también J. J. M. van der Ven. *Jus Humanum*, *Das Menschliche und das Rechtliche*, 1981, pp. 91 ss.

54 Ver artículo "Toleranz", en *Katholische Soziallehre; Lexikon päpstlicher Weisungen*, 1948, pp. 301 y ss.

55 A. Gering. "Toleranz", en *Stimmen der Zeit* 186 (1970), pp. 396 ss.

de su posición sobre el fenómeno de la conciencia, estimó facultadas a las entidades terrenales para castigar con la muerte a los heréticos y por cierto no como sediciosos políticos, sino como blasfemos ante Dios[56].

Que no se esté siempre, sin embargo, a favor de la lucha contra los que piensan de otro modo, los errados real o supuestamente, sino que se haya decidido –en el límite– soportarlos, ocurre *por motivos* prácticos. La intolerancia fue *dogmática* en el derecho, una diferencia que hasta hoy se ha conservado[57]. León XIII llamó esto, como se dijo, "prudencia política", o sea comportarse en determinados casos tolerantemente; pero no se falsea la historia si se designa esto simplemente como "táctica". Ernst-Wolfgang Böckenförde usa incluso la palabra "oportunismo"[58]. La divisa en eso era simple; el historiador inglés Macaulay la ha formulado así: *I am in the right*, *and you are in the wrong. When you are the stronger*, *you ought tolerate me*; *for it is your duty to tolerate truth. But when I am the stronger*, *I shall persecute you; for it is my duty to persecute error*[59]. Esa no es de ninguna manera una exageración, tal como no hace mucho se mostró de nuevo. Se trató de la apasionadamente discutida "decisión del crucifijo" del Tribunal Federal Constitucional del año de 1996; allí se dijo que el Estado está obligado a la neutralidad religiosa e ideológica y por eso no puede ordenar el suministro oficial de crucifijos en la escuela. El cardenal Friedrich Wetter, de Munich, acusó enardecidamente a los jueces de intolerantes. Poco tiempo después suspendió a un párroco porque éste se expresó críticamente en un reportaje de un diario sobre la concepción sexual de la Iglesia oficial. Frente al Tribunal Constitucional estaba el cardenal Wetter en la posición de los débiles, esto es, exigió tolerancia; frente al párroco era él el más fuerte. O sea, se condujo intolerantemente. Esto está del todo dentro del sentido de la tradición

---

56 Tomás de Aquino, IV Sentent., d. 13ª q. 2a, 3.

57 M. Pribilla. "Dogmatische Intoleranz und bürgerliche Toleranz", en *Stimmen der Zeit* 144 (1948-49), pp. 27 ss.

58 E. W. Böckenförde. "Religionsfreiheit asl Aufgabe der Christen; Gedanken eines Juristen zu den Diskussionen auf dem Zweiten Vatikanischen, Konzil", en *Stimmen der Zeit* 176 (1964/65), pp. 199 ss., 205. Como oportunismo es entendido allí el dejar abierta la posibilidad "de defender la intolerancia bajo determinadas circunstancias".

59 Se cita según M. Pribilla."Dogmatische Intoleranz" (nota 57), p. 36.

católica. El cardenal Wetter pudo haber tenido respetables motivos –el mandamiento de la disciplina– para su conducta frente al párroco, pero entonces debió sostener abiertamente que a causa de esos motivos consideraba obligatorio en este asunto no obrar de acuerdo con ninguna tolerancia. Y él no debería hacer ningún cargo al Tribunal Federal Constitucional, pues éste ha tenido con certeza motivos no menos respetables para decidir en la forma en que lo ha considerado adecuado. No se ignora que igualmente los tribunales están vinculados a las leyes, que también tienen que obedecer, así en algunos casos concretos fuera deseable tomar en cuenta determinados intereses y por eso desviarse de la ley. Un crítico prudente no dejaría esto de lado ni negaría la tolerancia al Tribunal, pues la tolerancia en general comienza allí donde se está en desacuerdo con la respectiva decisión[60].

Naturalmente hubo y hay excepciones frente a esa posición oficial de la Iglesia y muchas cosas son también distintas ahora[61]. Ya el Decreto Graciano de 1150 había prohibido la conversión forzada, lo cual más tarde fue codificado por el *Codex Iuris Canonici* de 1917: *ad amplexandam fidem catholicam nemo invitus cogatur* (can. 1351)[62]. Nicolás de Cusa había enseñado ya en *De pace fidei* de 1453 que hay una diversidad en la manifestación de lo religioso. Así el Papa Pío XII, en su alocución sobre la tolerancia de 1953, destacó que el deber de reprimir errores morales y religiosos no puede ser una "norma final de la acción", sino que en dado caso tendría que retroceder "para la realización de un bien más elevado"[63]. Esto es, tolerancia no sólo por simples consideraciones tácticas. Así se desplaza el acento en la

---

60 Más detallado sobre esto R. Lamprecht. *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts; Beweissicherung und Bestandsaufnahme*, 1996, especialmente pp. 77 y ss., y de parte muy competente: Jutta Limbach. *Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Schriften der Westfälischen Wilhelms-Universität, ed. del rector (Akademische Reden und Beiträge, 14) (Limbach es Presidente del Tribunal Federal Constitucional).

61 Ver también J. Broer/R. Schlüchter (Eds.). *Christentum und Toleranz*, 1996.

62 En el *Codex Juris Canonici* de 1983 no se incluye más la cita, puesto que se estima una evidencia.

63 Ver Utz/Groner. *Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens; Soziale Summe de Pío XII*, T. 2, N[os] 3977 s.

declaración emitida por el Concilio Vaticano II *De libertate religiosa*, al tomarse ahora más en serio el problema de la libertad[64].

Entretanto nada ha cambiado en la pretensión de verdad de la Iglesia ni tampoco nada en el principio según el cual el error no tiene ninguna validez frente a la verdad. Esto lo reafirman todos los exponentes directivos de la Iglesia. Por ejemplo, el jurista canónico Klaus Mörsdorf escribe: "Como fiel guardiana de la revelación cristiana, la Iglesia no puede conceder de ninguna manera derechos al error y tiene por ello que rechazar la libertad ilimitada de confesiones y de culto"[65]. El ético social Oswald von Nell-Breuning, quien no es propiamente un iliberal, lo dice de esta manera: donde la verdad sea el objeto de la controversia, "no hay ninguna posibilidad distinta a que una parte del litigio, esto es el error, sucumba y la otra, esto es, el conocimiento acertado, la verdad, triunfe". Las cuestiones triviales se deberían dejar desde luego a la discusión, "pero algo es bajo toda circunstancia excluido: en las cuestiones de veracidad no hay ningún compromiso; el compromiso es un acto de disposición, la verdad no es disponible"[66].

Con simpática franqueza señala el punto capital Max Pribilla, S. J.: "Nunca entenderá la Iglesia católica la equiparación valorativa de verdad y error, o como Natán el Sabio, de Lessing, deja correr la pregunta acerca del anillo genuino; esto es el punto de vista de la intolerancia dogmática de la que tan a menudo se ha acusado a la Iglesia católica; pero sólo la expresión suena duro [...] en realidad sólo destaca lo que para toda Iglesia, que se toma seriamente, es una evidencia [...]; es, en consecuencia, un hecho, con el que uno tiene que arreglárselas, que toda iglesia tiene que ser dogmáticamente intolerante"[67] (pero hay iglesias que no lo son).

---

64 Sobre esto E. W. Böckenförde. Introducción al texto "Erklärung über die Religionsfreiheit", en Lutz (Ed.). *Toleranz* (nota 51), pp. 401 ss. Sobre el cambio de la concepción moral del catolicismo ver también K. Rahner. "Dialog und Toleranz als Grundlage einer humanen Gesellschaft", en *Stimmen der Zeit* 201 (1983), pp. 579 ss.

65 K. Mörsdorf. *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, 11ª ed., 1964, T. 1, pp. 51 y s.

66 O. Von Nell-Breuning. "Normatives zur Konfliktproblematik und Konflikttheorie", en *Stimmen der Zeit* 184 (1969), pp. 244 ss., 250. En el mismo sentido J. Maritain. *Wahrheit und Toleranz*, 1960, p. 18.

67 M. Pribilla. "Dogmatische Intoleranz" (nota 57), pp. 29 s. También ver Dorothea Sölle. "Christentum und Intoleranz", en U. Schultz (Ed.). *Toleranz* (nota 50), pp. 79 ss.

Todo esto sería correcto *bajo un presupuesto*, a saber, que la Iglesia católica efectiva y comprobadamente posea la verdad completa y absoluta por ella reclamada. Entonces podría decir que esa verdad es indisponible. Pero ese supuesto es una pura cuestión de fe, para lo cual no hay prueba alguna, como tampoco el supuesto más profundo de que Dios existe puede probarse con los medios de la ciencia.

Un pasaje característico se encuentra en el *Kleinen Philosophischen Wörterbuch* (*Pequeño Diccionario Filosófico*, Herder 1971), próximo a la Iglesia católica. Allí se dice, bajo la entrada "tolerancia", que ésta en su función fundamental protege "ante todo el sistema existente de la disolución, a causa de que las convicciones de verdad ajenas son tenidas en cuenta desde el principio como efectivas, sin controvertirlas con su reivindicación de verdad", por lo cual hasta aquí "tolerancia siempre y no sólo hoy" sería "represiva", y de este modo la convicción tolerada no es "por principio obligatoria".

¡Tolerancia represiva!: bajo este lema, en la época de los movimientos estudiantiles, Herbert Marcuse incitó muchos ánimos e inquietó muchos espíritus[68]. Conforme a su opinión, sirve esto que hoy entre nosotros se difunde y se practica como tolerancia, la "tolerancia democrática" (que él acepta que es mucho mejor y más humana que la "tolerancia institucional" de la dictadura), en muchas de sus manifestaciones reales los intereses de la opresión, el mantenimiento del *statu quo*. Es una tolerancia que apoya la "tiranía de la mayoría" y de esta manera prescribe la continuidad de la actual desigualdad de los hombres. Marcuse la llama también tolerancia "abstracta" o "pura", "general" e "imparcial", pero precisamente por estas calidades ella protege "en realidad la maquinaria de discriminación ya establecida". Las verdadera tolerancia no existe, ella tiene que ser primero elaborada, y esto se logra sólo mediante la toma de partido a favor de los oprimidos y la intolerancia frente a los voceros del *statu quo* opresor: tolerancia represiva[69].

---

68 H. Marcuse. "Repressive Toleranz", en *Kritik der reinen Toleranz* (nota 52), pp. 93 y ss.
69 *Ibid.*, pp. 93, 110, 94, 97 y ss., 108.

Kurt Sontheimer ha respondido con toda razón a Macurse que eso es excesivo, ya que no hay tolerancia represiva: "La crítica a la tolerancia en el pluralismo político desemboca [...] en la defensa de una política de intolerancia selectiva [...] Quien quiera hacer valer la tolerancia sólo allí donde se trate de ampliación de libertades en interés suyo termina necesariamente justificando la intolerancia"[70]. Esta crítica toca ahora de la misma manera a la doctrina católica, pues la estructura del problema de la tolerancia es en Marcuse y en el catolicismo básicamente igual. También Marcuse invoca "toda la verdad", que va más allá de los hechos y es más que una afirmación lógica; tampoco quiere él tratar la "opinión necia" con el "mismo respeto" que la "inteligente", también él declara la guerra a la "conciencia falsa"[71]. Evidentemente el *contenido* de la verdad es del todo distinto en el marxista Marcuse y en la Iglesia católica. Pero esto no afecta exactamente a la *estructura* del problema de tolerancia. Verdadera tolerancia no puede haber en el catolicismo dogmático, así como tampoco la hay en el dogmatismo marxista-comunista, lo que en realidad no es ningún nuevo descubrimiento.

¿Lo dicho también tiene una *relevancia jurídica*, o mejor, *jurídico filosófica*? Ernst-Wolfgang Böckenförde opina que la tradicional doctrina católica de la tolerancia no sería en su principio falsa, sólo sería falso que esos principios sin más se trasladaran de la esfera de la moral a la esfera del derecho[72]. Hay algo de correcto en esto. Derecho y moral no son, a pesar de muchos puntos de contacto, lo mismo (ver arriba capítulo XIV). En consecuencia no es posible que aquellos casos en los que el problema de la tolerancia es relevante jurídicamente –rezo escolar, escuela confesional, crucifijo en escuelas y tribunales, problemas matrimoniales, controversia de fumadores y no fumadores, designación de una calle con el nombre de Rosa Luxemburgo, de una Universidad con el de Karl von Ossietzky, problema de extranjeros, rechazo al servicio militar, suspensión del embarazo, esterilización voluntaria, muerte por piedad solicitada, etc.[73]– puedan

70 K. Sontheimer. "Das Allgemeine" (nota 50), pp. 59 y s.
71 H. Marcuse. "Repressive Toleranz" (nota 52), pp. 102, 105, 110, 121 y ss.
72 E. W. Böckenförde. Introducción (nota 64), p. 411.
73 Ver por ejemplo G. Püttner. *Toleranz als Verfassungsprinzip*, 1977, *passim*; también O. Busch. *Toleranz und Grundgesetz*, 1967, *passim*.

resolverse simplemente de acuerdo con las normas de la idea dogmático-moral de una religión o de la concepción del mundo de una comunidad. Esto es seguro. Pero con esta comprobación todavía no se ha agotado el problema de la tolerancia en la esfera jurídica. Sobre todo, siempre apremia un problema y precisamente en el derecho, a saber: ¿qué pasa con la *verdad o la corrección* del derecho y qué con el *conocimiento* de derecho verdadero o correcto? ¿Rige aquí la tolerancia o domina, en virtud de que se trata de la verdad, el principio de la intolerancia dogmática?

Sobre la base de la diferencia fundamental de la intolerancia dogmática y la tolerancia práctica (cívica) no podría darse tampoco ninguna tolerancia del derecho en el marco de los problemas de la verdad o de la corrección. Pero también aquí, cuando se quisiera permitir tolerancia "práctica", sería sólo la "tolerancia" de soportar lo dañino, lo escandaloso, injusto, malo. Esto lo ha mostrado muy claramente Ulrich Eisenhardt. El estima la opinión sostenida por Nawiaski, Grundmann, el Tribunal Administrativo Federal y otros, según la cual la tolerancia sería no sólo resignación sino consideración y reconocimiento, como una "confusión conceptual", pues de ese modo se "revuelven en desorden" tolerancia e igualdad de derechos, y esto no sería otra cosa que una "cierta perversión" del concepto de tolerancia. Un tratamiento igual de las concepciones divergentes no sería deducible del mandamiento de tolerancia, por lo cual también la ley fundamental sólo garantiza una "determinada medida de tolerancia"[74]. Además, debe agregarse en este punto que no se puede en ningún caso equiparar tolerancia con *aceptación*; se acredita entonces la tolerancia primeramente allí donde no se acepta la opinión del otro o su forma de conducta.

Se tiene que decir claramente: esta llamada tolerancia "práctica" o "cívica" no es en verdad ninguna tolerancia. Pues la confesión de "intolerancia dogmática" allí incorporada es sencillamente una confesión de intolerancia, aquello que se cree poder salvar como "tolerancia cívica" es sólo una tolerancia aparente, a menudo sólo una "tolerancia" hipócrita. De la actitud de la simple resignación resulta la típica arrogancia del "tolerante".

---

74 U. Eisenhardt. "Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht", en *JZ* 1968, pp. 214 ss., especialmente 218 ss.

El está en posesión de la verdad, el otro yerra, pero él es generoso y soporta al otro. El conocido publicista libanés Kahlil Gibran (muerto en Estados Unidos en 1931) dijo una vez: “Tolerancia es amor, gravado con la enfermedad del orgullo”[75]. Se puede poner en duda que la tolerancia necesariamente se tenga que ejercer con amor; pero si con ella está en juego la arrogancia, ¿qué la diferencia entonces de la tolerancia represiva?

Resumamos lo anterior: la diferencia de intolerancia dogmática y tolerancia práctica, o mejor dicho cívica, es no sólo inapta para la solución del problema de la tolerancia, sino manifestativamente contraproducente. Pero, ¿qué significa esto?

3. *Límites de la tolerancia*

La tolerancia no es *ilimitada*, ella no es soportar a cualquier precio. Que las leyes válidas tienen que seguirse, que la infracción del derecho, con mayor razón el delito, no pueden ser soportados[76], que no se puede sostener la inhumanidad, se entiende por sí mismo. Muy a menudo se puede leer que la tolerancia está prohibida frente a la intolerancia; así, por ejemplo, Gustav Radbruch: tolerancia sí, “pero no tolerancia frente a la intolerancia”[77]. Así Karl Jaspers: “La intolerancia contra intolerancia es ineludible”[78]; y no de otra manera Werner Maihofer: contra “sistemas de intolerancia sólo hay una política de intolerancia”[79]. En oposición a esto se objeta, por cierto, que es una contradicción interna decir que la intolerancia no puede soportar la intolerancia. En este sentido ha opinado, por ejemplo, Hans Kelsen; está en la esencia de la tolerancia que la propia democracia pueda ser abolida mediante la decisión de la mayoría[80]. Esto en verdad no es correcto. No es

---

75 K. Gibran. *Sand und Schaum*, 6ª ed., 1981, p. 44.
76 Así en principio también H. R. Schlette. “Toleranz”, en H. Lutz (Ed.). *Toleranz* (nota 51), pp. 193 ss., 200.
77 G. Radbruch. *Der Mensch im Recht*, 3ª ed., 1969, p. 86 = GRGA, T. 3, 1990, p. 21.
78 K. Jaspers. *Der Philosophische Glaube*, 1948, p. 73.
79 W. Maihofer. “Toleranz und Emanzipation in der Arbeitswelt”, en U. Schultz (Ed.). *Toleranz* (nota 50), pp. 175 y ss., 193.
80 A favor y en contra F. Werner. *Recht und Toleranz*, 1963, p. 8.

una contradicción lógica que el tolerante diga que no tolera la intolerancia, pues esta proposición se encuentra en una relación escalonada de objeto y metaobjeto. A causa de esto no se percibe todavía por qué frente al intolerante siempre y básicamente se debe ser intolerante. En definitiva, no es acertado el concepto de Theodor Maunz según el cual el intolerante, por cuanto hiere a la dignidad humana, no puede invocar derechos conformes con la Constitución[81], pues ni siquiera el delincuente pierde absolutamente todos sus derechos en un Estado de derecho. Pero, por lo demás, tampoco es imaginable por qué la intolerancia siempre deba combatirse con la intolerancia. La tolerancia tiene su raíz en la idea de la libertad, y donde el intolerante no *pone en peligro la libertad* garantizada en la Constitución, no hay, como lo dice con entera razón John Rawls, "ningún fundamento [...] para negarle a él la libertad"[82]. Manfred Hättich avanza todavía un paso más cuando niega el carácter liberal a una sociedad donde no haya en una cierta medida un espacio de intolerancia[83].

Pero todo esto no es la cuestión decisiva. Esta más bien reza: ¿se puede ser tolerante también frente al *problema de la verdad*, o la intolerancia no es aquí necesariamente obligatoria? ¿Puede soportarse un ingeniero constructor cuyo axioma matemático indique que 2 por 2 es igual a 5, o un médico que estime la temperatura normal del cuerpo humano en 41º C? Esto no es aceptable sin discusión[84]. Sin embargo, las cosas naturalmente no son la mayor parte de las veces tan sencillas, ni siquiera cuando se trata de cuestiones normativas. El parlamentario que considera inaceptable la interrupción del embarazo por indicación social, y en consecuencia se esfuerza por una modificación legal, no es en verdad comparable a los arriba citados

---

81 Th. Maunz. *Toleranz und Parität im deutschen Staatsrecht*, 1953, p. 13.

82 J. Rawls. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 5ª ed., (alemana), 1990, pp. 246 y ss.; ver también K. Biedenkopf. "La toleranz in der Demokratie", en U. Schultz (Ed.). *Toleranz* (nota 50), pp. 162 y ss., 174. "La tolerancia termina allí donde la libertad termina".

83 M. Hättich. "Das Toleranzploblem in der Demokratie", en *Civitas; Jahrbuch für christliche Gesellschaftsordnung*, 1965, pp. 15 y ss., en especial 27.

84 Aquí se puede hablar de intolerancia lógica; ver L. Stengel/V. Rutkowski. "Toleranz, Tendenz und Wahrheitsstreben in der Wissenschaft", en *Toleranz; eine Grundforderung geschichtlicher Existenz*, Freien Akademie, 1960, pp. 223 y ss., 224.

ingeniero y médico. ¿O quién puede aquí *con seguridad conocer y probar* que su concepción es falsa? O sea, la pregunta de Pilatos: *¿Quid est veritas?* ¿O el Natán el Sabio de Lessing, que deja sin decir cuál de sus tres hijos recibe el anillo original? Absolutamente no. El indiferente, el neutral, incluso el resignado que duda de la verdad, o supone que no existe la verdad, no puede ser realmente tolerante. El indiferente no se puede decidir, es incapaz de "soportar" y "sobrellevar", vacila entre las diferentes opciones aquí y allá y por eso no está en posición de controvertir con otros y contribuir así al encuentro de la verdad. Tolerancia supone por ello que la verdad no es completamente subjetiva, relativa, procesal, y que ella, a lo menos parcialmente, puede ser descubierta. Pilatos no era tolerante sino neutral, indiferente. Goethe, por el contrario, era tolerante, y esto no por debilidad sino por fortaleza.

Pero la tolerancia está excluida donde alguien pretende para sí *estar en posesión de la verdad completa y absoluta* (entonces debe conceder que es intolerante, como lo hace también la Iglesia católica, en todo caso en lo fundamental). Pues un absoluto no permite otro, precisamente porque es excluyente. Unicamente allí donde por lo menos hay certeza de la verdad práctica (teórica de todos modos no la hay), como en los ejemplos de nuestros ingeniero y médico, se puede rechazar a los disidentes haciendo caso omiso de su opinión. Sin embargo, podemos desatender aquí esta clase de casos. Pues donde se encuentren en discusión problemas del orden social justo nadie puede ofrecer una *certeza* de verdad racionalmente demostrable, y quien prometa igualmente que posee una semejante "llega al final a una actitud de intolerancia masiva frente a aquellos que no quieren seguir su noción del orden"[85]. Hans Ryffel ha tocado el núcleo del problema con gran precisión. La tolerancia será frágil "hasta tanto se mantenga en pie, de una u otra parte, así sea sólo en el fuero interno, la pretensión de estar en posesión de la corrección absoluta"; por ello habrá de renunciarse a "posiciones metafísicas absolutistas"; lo cual de ninguna manera significa "rechazo a cualquier clase de metafísica", sin que escape tampoco "la supuesta posición antimetafísica de la metafísica"[86].

---

85 K. Sontheimer. "Das Allgemeine" (nota 50), p. 59.
86 H. Ryffel. *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, 1969, pp. 333 y ss. Contra

Precisamente esta última idea contribuye luego a la pregunta sobre si la tolerancia en el sentido aquí entendido no conduce hacia un *relativismo* sin salida. De hecho este sería el caso si se quiere dar la palabra a un relativismo ilimitado. Pero uno así ya no es lícito lógicamente, como lo ha evidenciado en forma clarificadora Ulrich Klug. Su argumentación expresa, resumiendo, lo siguiente: los juicios de realidad, como los juicios de valor, sólo tienen valor cognoscitivo hipotético. Esta limitación tiene también que cubrir la teoría relativista. Un "relativismo absoluto" no puede en consecuencia ser conforme con el concepto de que todos los conocimientos tendrían sólo carácter hipotético. Unicamente es admisible un "relativismo relativo", lo cual no es una contradicción porque la concepción sobre el carácter hipotético de todos los conceptos puede ser vista ella misma como una hipótesis[87]. El propio fundamento de apoyo de esta construcción mental lo alcanza Klug al definir tanto la existencia de valores como también la aceptación de presupuestos metafísicos, de la manera que ellos puedan ser proporcionados y comprendidos como "difícilmente refutables", pues de otra forma se recaería en el nihilismo"[88].

4. *Tolerancia-verdad-libertad-error*

A partir de ese principio se deberá intentar avanzar todavía un paso más adelante. En ello quisiera distanciarme de la concepción de Klug, en tanto que yo no atribuyo simplemente un valor hipotético al conocimiento humano. Pero concuerdo con él –y esto es lo esencial– en que el conocimiento es siempre *limitado*, y en verdad en un doble aspecto: es *inadecuado* e *incompleto*, es decir, toca la verdad siempre sólo aproximada y fragmentariamente, jamás con entera exactitud y sobre todo nunca en forma absoluta[89]. En cada

la "pretensión de exclusividad", el "siempre estar a punto" para "inflamar de nuevo las hogueras para los herejes", se dirige también Jaspers. *Philosophischer Glaube* (nota 78), pp. 69 y ss., 73.

87 U. Klug. *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Vol. 1, 1981, pp. 3 s.; ver también, del mismo, *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982, pp. 205 y ss.

88 U. Klug. *Rechtsphilosophie* (nota 87), especialmente pp. 46 y s., 52.

89 Se aproxima A. Kaufmann. *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984, especialmente pp. 86 y ss.

conocimiento hay también una parte –y en la mayoría de los casos una buena parte– de no conocimiento. Así pues, ¿relativismo o simplemente indiferentismo? De ninguna manera. ¿Qué hago yo entonces en concreto, precisamente ahora, en la búsqueda de mi verdad? Tengo una cantidad de dudas, pero no me obstino en ellas, sino que hago algo que Goethe ha recomendado ante el surgimiento de dudas: investigar y probar más en detalle el objeto[90]. Y esto ocurre sobre todo en las ciencias del espíritu y la filosofía, con predominio del modo en que yo *polemizo críticamente* con las concepciones de muchos otros que se han ocupado del mismo objeto, lo que evidentemente incluye que yo los tome en serio, también y justo cuando tengo dificultades en seguirlos. En otro aparte de este libro, a propósito de las teorías de la verdad, se tomó posición sobre la *teoría de la convergencia* de la verdad, con la cual se complementa la *teoría del consenso* (arriba pp. 493 y ss). A esto nos remitimos. Toca sólo recordar una vez más que el servicio de la teoría del consenso reside sobre todo en la comprobación de que el conocimiento científico no es monológico, que no se logra solitariamente sino que requiere mucho más esfuerzo cooperativo. "Uno no tiene nunca razón, con dos empieza la verdad", dijo Nietzsche. Puesto que el hombre está *hecho para la verdad* se esfuerza por ésta, y en ese esfuerzo necesariamente depende de los otros que también lo hacen (ya antes, en las páginas 519 y ss., se hizo presente que el *pluralismo* tiene un importante papel en la búsqueda de la verdad). El hombre tiene parte en la verdad, pero esto significa al mismo tiempo que él, en el mejor de los casos, sólo tiene una *parte* de la verdad.

Con esto está abierta la vía para llegar más cerca al fenómeno del *error*. La teoría dogmática de la tolerancia ve en él un daño, un fastidio, un entuerto, simplemente un mal, esto es, algo negativo por completo. Incluso Böckenförde, quien ha prestado un gran servicio a la objetivación del problema de la tolerancia, aboga por la idea de que el error no tiene ningún derecho moral frente a la verdad, mientras que se le puede tolerar el derecho a causa de la libertad[91]. Esto no es así. La relación de verdad y libertad es otra, y en

---

90 Eckermann. *Gespräche mit Goethe*, abril 11 de 1827.
91 E. W. Böckenförde. Introducción (nota 64), pp. 411 y s.

consecuencia es también el error cometido en la búsqueda de la verdad algo no completamente negativo. Por el contrario, teorético-cognoscitivamente, es el error de gran significación. Que nosotros estemos en capacidad de detectar errores como tales es un indicio muy fuerte de que estamos habilitados para la verdad; pero todavía más, el error es, justo porque nosotros en la búsqueda de la verdad estamos destinados a la controversia con los demás, un momento importante para "hacer aparecer" la verdad. Jacques Maritain dijo muy bellamente alguna vez que el error sería como un faro que nos ayuda a evitar los arrecifes[92]. Los errores de los otros, que controvierto crítica pero honradamente, son, para mí, *ayuda*, y los míos lo son para los otros. Bien es cierto que cada investigador puede confirmar que una teoría presentada como errónea se ha demostrado presupuesto completamente esencial para el descubrimiento de la verdad. Lo que aquí se piensa es más que el sólo respeto de la "falsa conciencia" (sobre esto arriba pp. 366 y s.), que a pesar del respeto es vista como algo puramente negativo. Lo que se opina es que el otro, porque está, como yo, construido para la verdad, también en el error es mi hermano. Dejo pendiente de aclarar si, como algunos opinan, el amor pertenece a la tolerancia[93]. En todo caso a ella pertenece *el reconocimiento y respeto de los demás como personas*, no sólo a causa de su dignidad humana –que se evidencia por sí misma– sino porque yo presumo que también ellas se esfuerzan por la verdad. De manera muy parecida lo ve Alexander Mitscherlich, quien dice: "Tolerancia es soportar a los demás en el deseo de entenderlos mejor...", ello no es "la falta de interés del *laisser-faire*"[94]. Pero, reiterando, a fin de no ser mal interpretado, tolerancia *no* significa que yo *acepte* la opinión, la conducta de los otros, que yo la *apruebe*. Precisamente donde yo no hago esto tengo que demostrar la tolerancia. Conforme a esa medida, puede decirse que el mero soportar el error no es genuina tolerancia[95]. No es el error el que carece de todo

---

92 J. Maritain. *Wahrheit* (nota 66), p. 24.

93 Ver por ejemplo J. Maritain. *Wahrheit* (nota 66), especialmente pp. 33 y ss.; H. Klomps. *Demokratie un Moral-Toleranz und Kirche*, 1966, p. 30.

94 A. Mitscherlich. "Zwischen konstruktiver und verstiegener Ideologie", en U. Schultz (Ed.). *Toleranz* (nota 50), pp. 22 y ss.

95 En sentido semejante, por ejemplo, B. D. Lorenz. "Schulgebet un Toleranz", en *Jus*

derecho, sino sólo el mal, y naturalmente también la mentira. Pero con ello no se "equipara" el error con la verdad.

Si lo dicho hasta ahora es en su esencia correcto, entonces no se podrá llevar el problema de la tolerancia a la fórmula: primado de la verdad frente al error (esto es demasiado simple), y tampoco va con la diferencia: la verdad (y con ello la intolerancia) en la esfera moral y religiosa y la libertad (y con ella la tolerancia) en la esfera jurídica. La relación entre *verdad y libertad*, es, como ya se señaló, otra. Herbert Marcuse ha dicho: "El telos de la tolerancia es la verdad"[96]. Peter Noll afirmó: "Condición de la libertad es la tolerancia"[97]. Nosotros podemos hacer propias ambas frases. Verdad y libertad se condicionan recíprocamente y el volverse hacia ambas es presupuesto de una verdadera tolerancia. Sólo en la libre controversia de muchas opiniones tiene la verdad una oportunidad. Sólo en la participación en la verdad crece genuina libertad y justamente por eso, porque la libertad sirve a la verdad y la verdad sirve a la libertad, la tolerancia no es en sí una decisión perjudicial contra la verdad, sino que finalmente ella, justo porque posibilita la libertad, posibilita también la verdad[98]. Alexander y Margarete Mistscherlich dijeron alguna vez: "No se puede en absoluto hablar de tolerancia, sin la comprensión de que hay para mi propia convicción también una equivalente alternativa válida"[99]. A esto ha replicado Hättich que esta comprensión no se evidencia en las convicciones firmemente fundadas[100]. Nietzsche ya había hecho esa objeción: "¡Qué es tolerancia! ¡Y reconocimiento de ideales ajenos!

1974, pp. 436 ss., en especial 440; H. Ryffel. *Grundprobleme* (nota 86), p. 335; M. Hättich. "Toleranzproblem" (nota 83), pp. 19 y ss.

96 H. Marcuse. "Repressive Toleranz" (nota 52), p. 102.

97 P. Noll. "Mechanismen der Freiheitszerstörung", en *Weltwoche*, noviembre 24 de 1976.

98 Ver sobre el problema verdad-libertad-tolerancia desde otro punto de vista K. Sontheimer. "Das Allgemeine" (nota 50), pp. 53 y s.; H. Marcuse. "Repressive Toleranz" (nota 52), pp. 98 y ss. También H. Grunsky. "Toleranz als wesentlicher Faktor menschlicher Existenz", en *Toleranz*; *eine Grundforderung geschichtlicher Existenz* (nota 84): "Decididamente no existe ninguna convicción genuina sin genuina tolerancia", porque "también la convicción de verdad, si debe ser genuina, exige ser realizada en libertad, mientras ella fracasa al verificarse en temor".

99 A. y M. Mitscherlich. *Die Unfähigkeit zu trauern*, 12ª ed., 1979, p. 270.

100 M. Hättich. "Toleranzproblem" (nota 83), p. 17.

Quien alienta con profundidad y fuerza su propio ideal no puede creer en absoluto en otros sin juzgarlos despectivamente... Por tanto, la tolerancia, en sentido histórico la llamada justicia, es una demostración de desconfianza ante el propio ideal o la ausencia del mismo"[101]. Sin embargo, esto no es concluyente. Una convicción sólida tampoco excluye el reconocimiento de que ella es objetivamente cuestionable y viceversa. Como es natural, no se puede entender con ello que todos reflejen sus convicciones de manera tan radical, pues esto exige ascetismo espiritual. En sí, cada quien tiende a afirmar sus convicciones como absolutas y a imponérselas a los demás. Por eso dicen Alexander y Margarete Mitscherlich que la tolerancia es, "en un ser de naturaleza agresiva, un signo de elevada autosuperación"[102], pero que esta autosuperación se produce "como recompensa a una autorización de libertad; uno es libre de presión de la intransigencia, la intratabilidad, la hostilidad..."[103]. La tolerancia no es, pues, algo que caiga del cielo, ésta no es sobre todo una emoción, ésta tiene que lograrse activamente como un hecho de la razón[104]. La razón, no la indulgencia, es el verdadero móvil de la tolerancia y por ello no es tampoco sorprendente que en primer lugar los filósofos y espíritus de la ilustración hayan contribuido a abrir el camino a la idea de tolerancia: Descartes, Locke, Hobbes, Bodin, Montesquieu, Pufendorf, Thomasius, Spinoza, Bayle, Voltaire, Lessing... Muchos, no sólo Herbert Marcuse, son de la opinión de que la tolerancia muestra más rasgos

---

101 F. Nietzsche. "Nachgelassene Fragmente", Frühjahr-Herbst 1881, en *Sämtliche Werke*; Kritische Studienausgabe, Vol. 9, 1980, pp. 476 y s. Además y en contra A. y M. Mitscherlich. *Unfähigkeit* (nota 99), p. 270 y ss.

102 *Ibid.*, p. 263.

103 A. Mitscherlich, en U. Schultz (Ed.). *Toleranz* (nota 50), pp. 22 y s.

104 Así también K. Sontheimer. "Das Allgemeine" (nota 50), p. 65. Pero ver también Alexander y Margarete Mitscherlich: "Fue un noble pero demasiado optimista error de la Ilustración que la tolerancia se pueda deducir, proclamar y realizar simplemente con una demostración de la razón. La tolerancia tiene viejos enemigos, no sólo en la intolerancia de los demás, sino igualmente en el enorme odio a causa de las renuncias, que nosotros mismos no podemos perdonar y que transformamos en rígidas certidumbres. En razón de que tan difícilmente traspasamos ese umbral, se va lentamente con la tolerancia en el mundo. Incesantemente ella ha sido proclamada por los espíritus magnánimos", en *Unfähigkeit* (nota 99), p. 275.

conservadores que progresistas. Hans Ryffel, por ejemplo, denomina el pluralismo –y él piensa con esto también la tolerancia– "la ideología del *statu quo*"[105]. O como formula Günter Püttner: "La tolerancia es [...] más bien la idea de una sociedad estática, marcada por la diferenciación segura de sus propias concepciones, mientras una sociedad que se abra hacia nuevas orillas, dinámica, en ningún caso podrá iniciar mucho con el principio de tolerancia"[106]. En nuestro punto de vista se plantea esto de otra manera. Pues si la búsqueda de la verdad es un *proceso de la libertad*, entonces la tolerancia podrá también entenderse como la posibilidad de libertad y verdad y no como algo estático. Ya hemos dicho que la tolerancia es un *obrar activo*, no simplemente un sufrir y soportar pasivo. Y con esto se ha dicho igualmente que verdadera tolerancia sólo se puede dar en una *sociedad abierta*. La sociedad cerrada, estática, al estilo del medioevo cristiano, no fue precisamente tolerante.

5. *El hombre indiferente, el intolerante y el tolerante*

Las sociedades cerradas son sociedades con estructuras relativamente simples, estáticas. Nuestra sociedad moderna se caracteriza por el alto grado de complejidad social. Esto no puede dejar de tener importantes consecuencias para el problema de la tolerancia. Ya atrás (pp. 537 y ss.), en el "problema del riesgo anticipado" (Niklas Luhmann), se señaló que en sociedades altamente complejas nadie puede actuar con responsabilidad sin correr el peligro de haber estimado falsamente el curso de la acción. Por eso aquí no se permite más ejercer una simple tolerancia "práctica", bajo el mantenimiento de la intolerancia "dogmática". Aquí la "intolerancia dogmática" llega literalmente a su "término", ella es sólo "intolerancia práctica". El sencillamente *indiferente*, *el no opinante*, intenta acabar con la complejidad al refugiarse en un "relativismo absoluto", a consecuencia de lo cual todas las opiniones igualmente son válidas y por eso indiferentes. El no controvierte las opiniones de los demás, pues ellas ni le interesan ni lo mueven en lo absoluto. El se aísla.

---

105 H. Ryffel. *Rechtssoziologie*, 1974, p. 403.
106 G. Püttner. *Toleranz* (nota 73), p. 60.

Por el contrario, al *intolerante* lo inquietan las opiniones de los demás. El no puede elaborar la complejidad, porque no está abiertamente a favor de la pluralidad de la sociedad. El no posee la ambigüedad de la tolerancia para soportar la pluridiversidad de cosas y valores, la oscuridad de situaciones de decisión, los riesgos de la vida en el mundo moderno. Su formación de opinión no es un mero anticipo provisional, no es un antejuicio sino un prejuicio, pues no está dispuesto a experimentar, complementar, rectificar, en el comportamiento de los demás. El rechaza nuevas informaciones, en la medida en que no pueda clasificarlas en su anquilosado sistema. No aprende básicamente nada fuera de eso. En medio del gran mundo abierto eleva un pequeño mundo cerrado. Pero ve y experimenta que está excluido de la diversidad y que no dispone de ningún mecanismo para llegar a realizarse con el complejo mundo. Esto lo inquieta y lo hace inseguro. Y reacciona agresivamente por esa inquietud y esa inseguridad. Hace todo para que los demás abandonen su posición, porque no la soporta y mucho menos puede asimilarla.

Sólo el *tolerante* puede conducirse adecuadamente con la complejidad. Este es abierto frente a situaciones abiertas, calcula con esto que otros posiblemente tengan mejor información que él, sabe que nuevas situaciones exigen nuevas interpretaciones, pero en eso es consciente de que siempre son sólo interpretaciones de la complejidad y que por ello éstas nunca pueden ser concluyentes y absolutas[107]. En tanto reacciona abiertamente ante el mundo cambiante, se preocupa de que éste permanezca abierto. Y de esa manera "elabora" complejidad, hace nuestro mundo más humano.

De nuevo se muestra que la tolerancia no es una cosa fácil. Así no se eleve ella a la cima del prójimo o quizás al amor del enemigo, sin embargo es "algo muy laborioso"[108]. Ella presupone un alto grado de libertad

---

107 Ver K. Sontheimer. "Das Allgemeine" (nota 50), p. 63. "La tolerancia no se concilia con un enfoque en el que determinadas preguntas no puedan plantearse, porque ellas de una vez por todas se consideran respondidas".

108 M. Hättich. "Toleranzproblem" (nota 83), p. 30. Igualmente A. Mitscherlich, en U. Schultz (Ed.). *Toleranz* (nota 50), p. 22: "La tolerancia tiene que arrancarse de la agresiva esfera de los instintos".

espiritual y la capacidad de construir una opinión segura. Exige capacidad de comunicación y sobre todo la virtud de poder escuchar, de poder aceptar a los demás y de poderlos tomar en serio. Y necesita la fuerza para poder comenzar siempre de nuevo y dejarse aconsejar a través de nuevas situaciones y nuevas informaciones. Lo dicho vale en gran medida para la llamada tolerancia de la ambigüedad, esto es, que teniendo en cuenta la insolubilidad de cuestiones y problemas existenciales no se resigne ni decaiga en sentimientos y apatía o pérdida de sentido, sino se soporte en libertad. El rápido aumento de la complejidad de la realidad exige esa tolerancia; la tolerancia de la ambigüedad, de su parte, exige una elevada medida en madurez espiritual. Es característico que en los círculos literarios la actitud ante las imponderabilidades, casualidades, riegos de la vida, que resultan del mar de informaciones y de las sin cesar cambiantes posibilidades de acceso, se denomine *surfing*[109], y se es muy consciente de que allí crece tolerancia –no, no crece, *es* tolerancia–. Y la recompensa para tal tolerancia es considerable, ella es verdadera libertad interna.

La cuestión es si cada uno puede hacer esto –nadie lo podrá siempre y en todas las situaciones–. No debería convertirse en motivo de acusación para muchos hombres que, en atención a la complejidad de nuestro mundo moderno, no conocen forma distinta de ayudarse que reaccionando con indiferencia o con intolerancia. Difícilmente tienen todos la fuerza de confrontarse permanentemente con las situaciones y opiniones de por sí cambiantes. Considero un deber de tolerancia tratar a tales seres humanos con comprensión. Una vez más: la tolerancia no cesa necesariamente en la intolerancia, sino sólo en la intolerancia que pone en peligro la libertad.

6. *Consecuencias*

Los pensamientos expuestos aquí sobre el principio tolerancia deberían haber dejado en claro que la tolerancia *no es ninguna amenaza para la verdad*, al contrario, ella estimula la verdad. Y tampoco la *creencia religiosa* tiene

---

109 Se utiliza figuradamente el juego de esquí acuático en su forma más peligrosa, como símbolo de riesgo (n. del t.).

nada que temer de la tolerancia, especialmente porque una verdadera creencia, al igual que la tolerancia, es un acto de libertad. Ciertamente tiene que darse a la creencia lo que la creencia es, y al saber lo que es el saber. Así lo trató Kant. El quiso (pretendidamente) "suprimir conocimiento, para darle puesto a la fe" (Kant no dijo que a causa de eso la religión sería cosa privada)[110]. Pero a pesar de Kant, conocimiento y creencia están todavía confundidos en una amalgama. La creencia comienza allí donde el conocimiento termina. Lo que yo "sé", yo no lo "creo"; finalmente uno no puede decir yo "creo" que dos veces dos son cuatro. Pero tampoco deberá decir: esto, por ejemplo la existencia de Dios, no lo puedo saber, sólo lo puedo "creer". Ese "sólo" es a menudo inapropiado, pues hay sin duda muchos hombres que están más fuertemente marcados por la creencia que por el conocimiento (por el entendimiento).

Como se expuso en las páginas 329 y siguientes, el hallazgo de *reglas de precedencia* es uno de los más difíciles, quizás incluso el más difícil capítulo de la teoría de la argumentación. Hasta ahora el problema de las reglas de precedencia, hasta donde es visible, no se ha discutido nunca bajo los puntos de vista del "pluralismo", "decisiones riesgosas" y "tolerancia", y no a causa de que las teorías de la argumentación existentes sean demasiado formales para poder dominar un problema semejante. Sin embargo, aparecen también las dificultades de una teoría de la argumentación de contenido, en estos campos, como considerables. Si ellas podrán ser superadas es algo que todavía no puede afirmarse. En la página 331 se ha sugerido mi conjetura de que debería empalmarse con el principio de diferencia *rawlsiano*, conforme al cual la posición social más baja decide sobre el mejor argumento ético[111]. O sea, protección de las minorías y de los débiles. Justo allí apunta también el principio tolerancia, pues tolerancia se *debe sobre todo a aquellos cuya existencia está amenazada* (para ellos no puede regir el principio de rendimiento); los pobres, destechados, hambrientos, los despreciados, en resumen, aquellos que viven en pobreza, sea corporal o intelectual. Ella no se agota en el respeto de las convicciones de los demás. De ninguna manera

---

110 Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, Prefacio de la 2ª ed., B XXX.
111 J. Rawls. *Theorie* (nota 82), pp. 96 y ss.

se trata con esto de que los más fuertes, más pudientes, sólo "soportemos" a los débiles y pobres, usufructuando nuestro predominio sobre ellos; eso no sería verdaderamente expresión de tolerancia sino de intolerancia. Nosotros tenemos que hacer más por esos hombres que se encuentran en la parte oscura de la vida. Tenemos que ayudarlos a liberarse de su desgracia existencial, a fin de que alguna vez vivan con dignidad humana. Sólo así tendrán una oportunidad para emanciparse a sí mismos en una sociedad libre y tolerante. Mientras vivan en la miseria, dignidad humana, libertad, cultura, tolerancia, no son para ellos posibilidades humanas, y a los hambrientos y sedientos Dios sólo puede aparecérseles en la forma de pan y agua. Hasta que esos hombres no sean liberados de su pobreza no se podrán sublimar las agresiones destructivas. Aquí tiene que ser la tolerancia ayuda para la tolerancia.

Un fruto de tolerancia es también la doctrina del "espacio jurídico libre" (espacio jurídico valorativo). Donde una conducta racional no pueda valorarse ni como conforme a derecho ni como infractora del derecho ejerce el derecho (debe ejercer) tolerancia para ambas partes, pero no se debe dejar la conducta irreglada, es decir, no sin consecuencias jurídicas (más detalladamente arriba en el capítulo XV).

Se podría mencionar todavía algo con respecto al significado jurídico que tiene el principio tolerancia. Fritz Werner señala en general sobre esto que la tolerancia representa un importante *factor de orden*, puesto que ella garantiza la coexistencia de ideas políticas valorativas. Además ofrece un pensamiento interesante en la discusión. Dice que el juez –en el marco de la ley– puede ser más tolerante que la ley, precisamente en la forma en que él, mediante interpretación de la ley, realiza la justicia en el caso individual[112]. Lo que Werner hace valer aquí es conocido en ética como *epikie*. Se trata con esto de una forma de interpretación en la que la ley sólo es mantenida en vigor formalmente. Un buen ejemplo para esto es la doctrina en extremo subjetiva de la participación, del antiguo *Tribunal del Reich*, por medio de la cual una pena de muerte entonces (en el Tercer Reich) no evidentemente injusta pudo evitarse (¿quién ha apreciado esta tan discutida sentencia

---

112 F. Werner. *Toleranz* (nota 80), pp. 7, 13.

desde el punto de vista de la tolerancia?)[113]. La *epikie* es, lo que se aprecia rara vez, un medio efectivo y legal de resistencia, o sea de desobediencia civil (ver arriba pp. 381, 533 y s.).

7. *Tolerancia. Nuestra cuestión decisiva*

En todas estas cuestiones de detalle, sin embargo, no podrá perderse de vista lo importante y esencial. En la sociedad pluralista de riesgo el hombre está confrontado con problemas más y más complejos, no fácilmente comprensibles. No es posible liberar al mundo de todo riesgo, y tampoco se puede saber con certeza cuáles riesgos tendrán que asumirse de cara al futuro y cuáles en ningún caso podrán admitirse. Fundamentalismo, mentalidad del todo o nada, no son en absoluto útiles. Tales soluciones facilistas, sencillamente lisas, no han de adoptarse a lo menos en democracia (en dictadura resulta menos complicado para los hombres, pues allí no pueden decir nada). Nosotros tenemos que recorrer la pesada, riesgosa vía de la tolerancia y del compromiso. Entre más crezca la población del mundo, más riesgos tendrán que correrse para abastecer con los bienes más indispensables a los ocho mil millones de seres humanos que habrá en un futuro no muy lejano.

Precisamente en consideración a la *explosión demográfica* será más apremiante el principio tolerancia. Ya hemos tenido suficientes enseñanzas. En las megaciudades de hoy, en las que muchos hombres se aglomeran en espacios estrechos, hay muchos más delitos, violencia, suicidios, neurosis, colapsos anímicos, que en el campo o las pequeñas ciudades. Los habitantes de esas aglomeraciones urbanas no disponen en medida suficiente de los mecanismos necesarios para poder convivir en forma pacífica bajo tales condiciones. Hay demasiada agresión y muy poca tolerancia. ¿Cómo será cuando la población mundial aumente en varios millardos? En nuestro siglo creció la población del mundo de escasos dos mil millones de habitantes a casi seis mil millones. En 1950 había dos ciudades con más de ocho millones de habitantes; al final de 1996 eran 24 y entre ellas había ocho con más de quince millones. ¿Cómo debe continuar esto? ¿Cómo puede funcionar todavía un orden bajo tales relaciones, especialmente con el aumento salvaje

---

113 *RGSt* 74, p. 85.

en las zonas de aglomeración donde también proliferan agresiones y crímenes? Friedrich Dürrenmatt, quien ciertamente no fue un soñador, se ha expresado muy claramente sobre esto. El dijo: "La humanidad, en constante crecimiento, ha caído bajo la ley de los grandes números. Esta es una ley de bronce: hará a los hombres más pobres; libertades y privilegios que hasta hoy consideramos intangibles serán abolidos por esa ley; allí radica que en la esfera política, económica, técnica, la búsqueda de la justicia tenga que ir antes que la búsqueda de la libertad. Es concebible una humanidad para la cual haya tan sólo una libertad: la espiritual [...] Este mundo sin tolerancia tiene que ir al infierno". En él "sólo podrá sobrevivir el hombre si posee la riqueza interior para soportarse a sí mismo y a sus semejantes"[114].

Es así. En atención a nuestras complejas y riesgosas relaciones no podemos lograr más de lo que pudo conseguir la sociedad medieval, simplemente estructurada y numéricamente pequeña: un mundo cerrado, estático, autoritario, intolerante. No es ninguna exageración: en el mundo de hoy, tanto más en el de mañana, *la tolerancia es una cuestión decisiva de la humanidad*. Dürrenmatt la llamó incluso un *problema de supervivencia*.

No hay ningún motivo para el optimismo. Se tienen que ver las cosas con toda objetividad. Alexander Mitscherlich las ve escuetamente: "Mediante el disparado crecimiento de la población mundial", dice, "el empobrecimiento en continentes enteros realiza avances; con esto las oportunidades de tolerancia disminuyen drásticamente [...]Viven ya hoy muchos más seres humanos de los que nosotros estaríamos en condición de aceptar afectuosamente en uno de los mundos culturales existentes y educar en la simpatía 'tolerante' con los congéneres. La tolerancia no surge de manera mítica mediante actos de voluntad moral, sino mediante la contención de la pobreza"[115].

---

114 F. Dürrenmatt. *Über Toleranz*, en *Gesammelte Werke*, Vol. 7, 1996, pp. 730 y s. Ver también F. Werner. *Toleranz* (nota 80), p. 9: "En la medida en que los hombres viven más juntos, es más urgente el problema de la tolerancia". Sobre los fatales efectos de la sobrepoblación llama la atención también Anne-Eva Brauneck: "Trennendes und verbindendes Denken", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 417 y ss.

115 A. Mitscherlich, en U. Schultz (Ed.). *Toleranz* (nota 50), pp. 30 y ss.

Aquí se cierra el círculo. La contención de la pobreza conduce a la tolerancia, la tolerancia lleva a la contención de la pobreza. En este sentido la tolerancia es un elemento de la justicia social, ella se deberá al bienestar común. La justicia social puede garantizar el derecho conforme al utilitarismo negativo, sólo en sentido negativo, y esto también sólo incompletamente, no en lo que depara a los hombres en felicidad, sino sólo de la manera en que a ellos les limita la desgracia y la aflicción. Así finalizará este libro en el *imperativo categórico de la tolerancia*:

Actúa de tal manera que las consecuencias de tus acciones sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana.

INDICE TEMÁTICO*

* Elaborado por Santiago Perea Latorre.

INDICE ONOMÁSTICO

–A–

–B–

–C–

–F–

–G–

–L–

–M–



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en noviembre de 2005

Se compuso en caracteres Ehrhardt de 12 puntos
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos,
con un tiraje de 2.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post Tenebras Spero Lucem